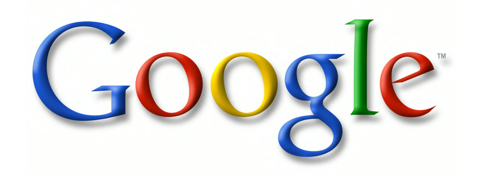
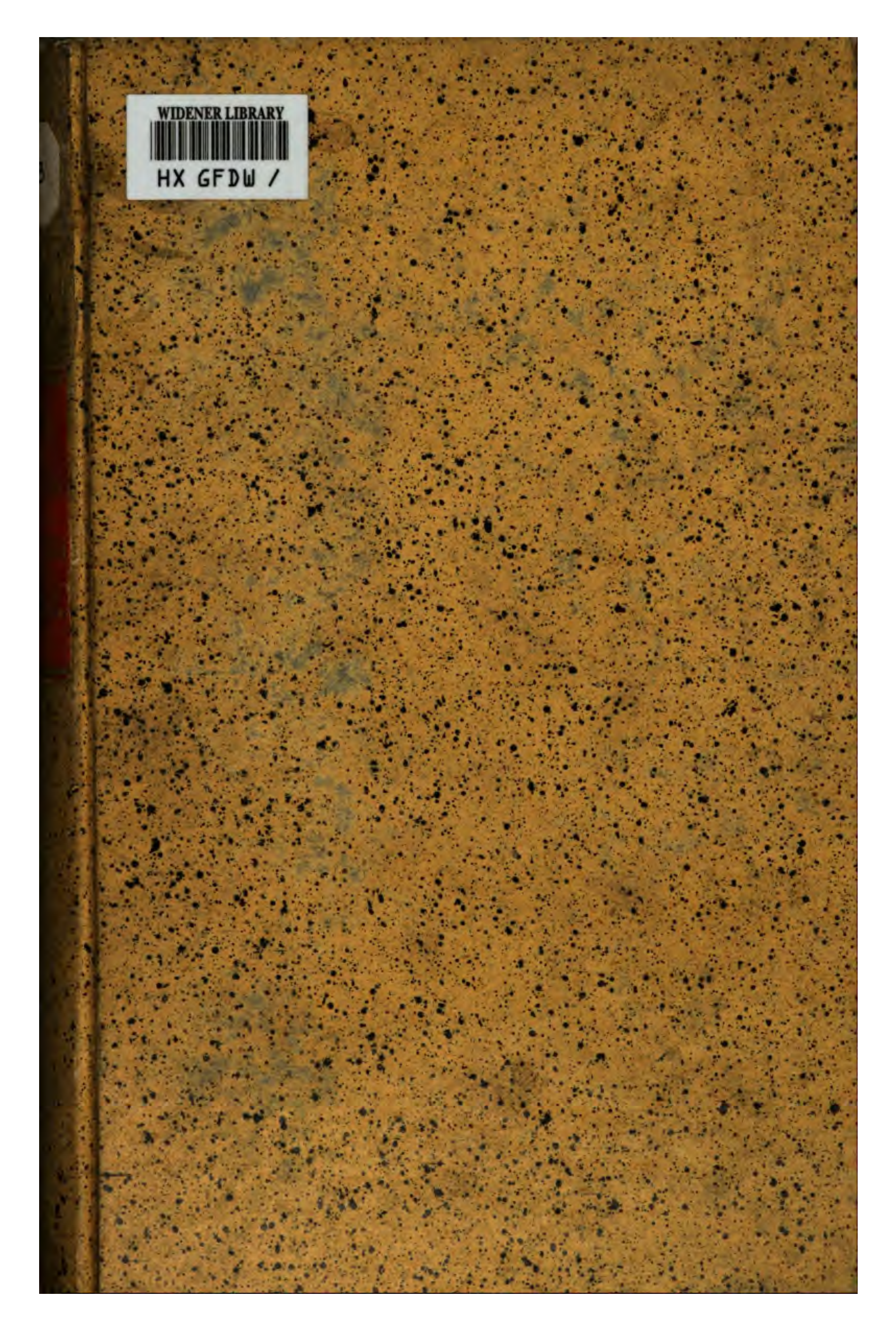

Google


WIDENER LIBRARY
HX GFDW /

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach Hellfeld
ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück
Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone,

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch
Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus-Universität in Göttingen, Ritter des Guelphen-Ordens und des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Nach Mühlenbruchs Tode fernerweit fortgesetzt
von

D. Eduard Fein
Grossh. Sächs. Hofrathe, ordentl. Lehrer der Rechte an der Eberhard-Karls-Universität in Tübingen.

Fünf und vierzigster Band.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1853.

Schnellpressendruck von C. H. Kunstmann in Erlangen.

Vorrede.

Die Vollendung des gegenwärtigen 45sten Theiles des Commentares hat zu meinem Bedauern mehr Zeit in Anspruch genommen, als regelmäßig auf die Ausarbeitung der einzelnen Theile zu verwenden ist. Der Grund dieser Verzögerung hat indessen theils in dem äußern Umstande, daß ich durch meine Uebersiedelung nach Tübingen mannigfachen Störungen in meinen literarischen Arbeiten ausgesetzt war, theils darin gelegen, daß gerade die in dem vorliegenden Theile zu behandelnden Materien zum größten Theile eine Menge der schwierigsten und Zeit raubendsten Untersuchungen erforderten. Um so mehr freue ich mich nunmehr, in den Stand gesetzt zu sein, dem juristischen Publikum hiermit den Schluß des Rechtes der Codicille vorlegen zu können, indem ich hoffe, daß es mir gelungen ist, diese bisher so stiefmütterlich behandelte und doch so wichtige Lehre in ihrer wahren Bedeutung und auf eine dem heutigen Standpunkte unserer Rechtswissenschaft angemessene Weise behandelt zu haben. Ich hätte in den gegenwärtigen Band auch noch den Anfang der Lehre von den Vermächtnissen mit aufnehmen können. Allein da gerade damit ein wichtiger äußerer Abschnitt, nämlich das 30ste Buch der Pandekten, beginnt, so glaube ich diese Lehre für einen neuen Band aufsparen zu müssen.

Indem ich dem juristischen Publikum für die freundliche Aufnahme, welche der erste Band meiner Fortsetzung nicht bloß nach vielen Privatmittheilungen, sondern auch nach allen bisher erschienenen öffentlichen Recensionen gefunden hat, meinen freudigsten Dank ausspreche, wünsche ich nur, daß dem gegenwärtigen Bande ein gleiches Schicksal zu Theil werden möge!

Tübingen, den 16. November 1853.

Dr. E. Fein.

Inhaltsverzeichniß zum 45. Theile.

legung der Gegengründe (S. 27—29.). Die Unterschrift muß namentlich in Gegenwart sämmtlicher Zeugen vorgenommen werden (S. 29 — 31.). Unterschrift der Zeugen (S. 32.). Bekämpfung der Ansicht, daß die Zeugen nicht zu figniren brauchten (S. 32 — 39.).

§. 1513 d. (S. 40 — 55.) Streitfragen über die Beweislast, wenn das Codicill wegen Mangel eines der nothwendigen formellen Erfordernisse als nichtig angefochten wird.

Allgemeiner Grundsatz über die Beweislast (S. 40.). Anwendung auf das mündliche Testament (S. 41.); auf das schriftliche (S. 42 — 55.). Das schriftliche solenne Privattestament ist ein instrumentum quasi publicum (S. 42.). Beweis der Aechtheit der Unterschriften des Erblassers und der Zeugen (S. 43.). Die Beobachtung der Testamentssolennitäten wird, trotzdem daß ein äußerlich fehlerfreies Testament vorliegt, nicht präsumirt. Critik der entgegengesetzten Ansicht Pufendorfs (S. 45—51.). Begründung der einen wirklichen juristischen Beweis verlangenden Theorie (S. 51—55.). Ueber die Art der Beweisführung insbesondere (S. 52 fg.).

§. 1513 e. (S. 55—94.) Die öffentlichen und privilegirten Codicille.

Allgemeiner Grundsatz (S. 57.). Uebersicht über die einzelnen Fälle (S. 57 fg.). Die öffentlichen Codicille (S. 59 fg.). Die privilegirten Codicille und die einzelnen dabei obwaltenden Streitfragen. Das militärische Codicill (S. 62 — 65.). Das zur Pestzeit errichtete (S. 65—68.). Das auf dem Lande errichtete (S. 68—70.). Das Codicill ad pias causas (S. 70—72.). Das privilegirte Codicill der Eltern unter Kindern (S. 72—90.). Verfügungen zu Gunsten dritter Personen in demselben (S. 77.). Unterschied dieses privilegirten Codicills von der divisio parentum inter liberos (S. 79—81.). Gemischte Verfügungen dieser Art (S. 81.) Die divisio parentum inter liberos kann auch mit der testamentarischen Erbfolge verbunden werden (S. 82—85.). Mittheilung und Beurtheilung eines neuern einschlagenden Rechtsfalls (S. 86—90.)

Mündliches privilegirtes Codicill der Eltern unter Kindern (S. 90.). Das Codicill eines Blinden (S. 91 fg.); eines illiteratus oder aus physischen Gründen Schreibunfähigen (S. 92—94.)

§. 1513 f. (S. 95—139.) Streitfragen über die Form der bestätigten Codicille.

Literärgeschichtliches über diese Streitfrage (S. 95—102.). Die in futurum confirmirten Codicille sind der gewöhnlichen Codicillarclausel unterworfen (S. 102—131.). Positive Begründung dieser Ansicht (S. 102—105.). Critik der von den Gegnern geltend gemachten Gründe (S. 105 fg.). Verhältniß der codicillarrechtlichen Fiction zu der **L. 8. §. ult. C. h. t.** (S. 106—110.). Auch die unbestätigten Codicille gelten als **pars testamenti** (S. 111—116.). Erklärung der **L. 11. D. testam. quemadmodum aper.** (S. 112 fg.) und der **L. 3. pr. D. de testam. tutela** (S. 114—116.). Ueber die s. g. mystischen Verfügungen (S. 116—124.). Dieselben widerstreiten nicht dem Verbote der Einsetzung einer **persona incista** (S. 120 fg.), sondern sind vielmehr nach der Theorie der Bedingungen zu beurtheilen (S. 124.). Feststellung des Unterschiedes zwischen einer mystischen und der auf die confirmatorische Clausel sich beziehenden Verfügung (S. 125 fg.). Critik einiger Nebengründe der Gegner (S. 127 fg.). Ueber die s. g. reservatorische Clausel (S. 129—131.). Die Form der in **praeteritum** confirmirten Codicille (S. 133.) und zwar der ausdrückliche bestätigten (S. 133—138.). Verschiedene Ansichten über die Wirkung der **confirmatio in praeteritum** (S. 133—138.). Die stillschweigend bestätigten (S. 138 fg.) Einfluß der **L. 8. §. ult. C. h. t.** auf **§. 1. J. h. t.** (S. 138 fg.).

§. 1513 g. (S. 140—183.) Verhältniß der L. 8. §. ult. C. *h. t.* zu den übrigen Arten der letztwilligen Verfügungen.

Reichthum an Formen für letztwillige Verfügungen (S. 140.). Formlos sind auch nach der **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* die unselbstständigen letztwilligen vermögensrechtlichen Verfügungen (S. 141—160.), namentlich 1. die Erklärungen und Erläuterungen sonstiger letztwilliger Verfügungen (S. 142.); auch

die in einer mystischen Verfügung vorbehaltenen Erklärungen. Prüfung der abweichenden Ansichten (S. 143—146.). 2. die widerrufenden Verfügungen (S. 147—154) und die erlassenden. Erlaß der cautio legatorum servandorum causa (S. 155.) der Collation (S. 155—160.), das Verbot des Abzuges, der quarta Falcidia (S. 161 fg.), der Indignitätserklärungen (S. 162.); 3. der einfach bestätigenden (S. 162 — 166.); Erklärung der L. 11. §. 2. D. *de b. p. s. t.* (S. 163 fg.)

Zu den vormundschaftlichen letztwilligen Verfügungen ist nach älterem wie nach neuerem Rechte die Codicillarform nothwendig (S. 166 fg.). Beweis durch die einzelnen Anwendungen geführt, zunächst durch die s. g. tutela testamentaria imperfecta (S. 169 — 172.), sondern durch das Verbot der Veräußerung von Mündelgütern in Folge der oratio D. Severi (S. 172 — 177.). Erklärung der L. 14. D. *de reb. eor.* (S. 173 fg.). Ferner durch die Verfügungen über Alimente (S. 177.), über Erziehung der Kinder (S. 178 fg.), durch den Erlaß der Errichtung eines Inventars (S. 179 — 182.), durch die Ernennung eines Testamentsexecutors (S. 182 fg.). Schließliche Uebersicht über das hier befolgte System und die Eintheilung der letztwilligen Verfügungen in formeller Hinsicht nach den früher angegebenen 3 Classen (S. 183.).

§. 1514. (S. 184—226.) **Die Codicillarclausel. — Juristischer Character derselben. — Streitfragen über die s. g. stillschweigende oder subintelligirte Codicillarclausel.**

Allgemeine Bemerkungen über die Codicillarclausel (S. 184 fg.). Begriffsbestimmung derselben (S. 186.); gewöhnliche Formel (S. 186 fg.). Die clausula omni meliori modo (S. 187 fg.). Die zwei nothwendigen Voraussetzungen der Codicillarclausel (S. 188 — 190.). Wirkung des Eintritts dieser beiden Voraussetzungen (S. 191.). Streitfrage über die s. g. stillschweigende oder subintelligirte Codicillarclausel (S. 191—220.). Literärgeschichtliches darüber (S. 191 fg.). Verwerfung der stillschweigenden Codicillarclausel, zunächst vom Standpunkte der Conversion aus (S. 193 fg.). Erklärung der L. 41. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. (S. 196 fg.).

Die L. 8. §. 1. C. h. t. (S. 199.) ist nicht im Widerspruch mit L. 29. pr. D. *qui testam. facere* und L. 11. §. 1. D. *de leg. III.* (S. 201.). Die Codicillarclausel ist an keine Form gebunden (S. 201.). Einzelne Anwendungen dieser Formlosigkeit (S. 201—205.). Prüfung der für Bejahlung der obigen Streitfrage geltend gemachten Gründe (S. 206—226.), insbesondere Erklärung der L. 3. D. *de test. milit.* (S. 209—213.) und der L. 76. D. *ad S. C. Trebellianum* (S. 213—216.). Streitfrage über die Wirksamkeit der Codicillarclausel, wenn der Notar dieselbe ohne Wissen und Willen des Erblassers in das Testament aufgenommen hat (S. 221—224.). Das Testament wird ohne Codicillarclausel nicht aufrecht erhalten, auch wenn dem Erblasser die Richtigkeit bekannt war (S. 224—226.).

§. 1514 a. (S. 226—259). **Ausnahmsfälle, in welchen ein Testament kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten wird. — Das s. g. testamentum posterius imperfectum.**

Die verschiedenen Ansichten über die Ausnahmsfälle lassen sich auf 3 Classen reduciren (S. 226 fg.) Wirkliche Ausnahmsfälle kommen nur zwei vor, bei dem testamentum parentum inter liberos (S. 227—237.) und dem s. g. testamentum posterius imperfectum. Revision dieser Lehre (S. 237—252.). Erklärung der L. 21. §. 5. C. *de testam.* (S. 239—242.). Das s. g. test. posterius imperfectum tritt als Intestatcodicill in Wirkung, mit verschiedenen Abweichungen vom gewöhnlichen Codicillarrechte (S. 241 fg.). Critik der abweichenden Ansicht Mühlenbruchs (S. 242—249.), insbesondere Erklärung einer Stelle des Harmenopulos (S. 248.). Critik der Ansichten Witte's (S. 249.), Sintenis (S. 250 fg.), und Pfotenhauer (S. 251.). — Fälschlich angenommene Ausnahmsfälle beim testamentum militare (S. 252—254.) ad pias causas (S. 254.) in favorem libertatis (S. 254 fg.) und in favorem geliebter Personen (S. 256—258.). Erklärung der L. 38. D. *de fideic. libert.* (S. 205—208.). Prüfung der alle Ausnahmsfälle verwerfenden Ansichten. (S. 258 fg.)

X

§. 1515. S. 260—296. Wirkungen der Codicillarclausel. — Das durch L. 8. pr. C. *h. t.* eingeführte Wahlrecht.

Wirkungen der Codicillarclausel im Detail (S. 260 fg.). Die Aufrechterhaltung des Testamentes erstreckt sich auch auf die selbstständigen partes testamenti (S. 261 fg.). Die Codicillarclausel bringt keine civilrechtliche, sondern nur fideicommissarische Wirkung hervor (S. 262 fg.). Die Codicillarclausel verwandelt das Testament entweder in ein Intestatcodicill (S. 263.) oder in ein testamentarisches Codicill (S. 263 fg.). Aufzählung und Darstellung der in letzterer Beziehung möglichen Fälle (S. 264—175.). Neue Erklärung der L. 29. D. *ad S. C. Trebell.* verbunden mit der Critik der neuesten Ansicht von Neuner (S. 268—273.). Rechtfertigung der Annahme eines einzigen Gattungsbegriffes für die sämmtlichen in diesen §§. besprochenen Fälle (S. 274 fg.). Einschränkung der Wirksamkeit der Codicillarclausel (S. 276 fg.). Verhältniß der Codicillarclausel zu dem edictum si quis omissa causa und dem S. C. Pegasianum (S. 277 fg.).

Wahlrecht der L. 8. pr. C. *h. t.* (S. 279 fg.) Feststellung der darin enthaltenen species facti (S. 280 fg.). Auch die außergerichtliche Wahl ist bindend (S. 281—285.), wie eine irrthümlich vorgenommene (S. 286 fg.). Mißbilligung der Theodosischen Verordnung vom Theodosischen Standpunkte (S. 287 fg.) Versuchte Beschränkung der L. 8. C. cit. durch die Praxis-Critik eines einschlagenden Urtheils (S. 288—291.). Gesetzliche Ausnahme für De- und Ascendenten bestimmte Grade (S. 291.), nicht blos für die pflichttheilsberechtigten (S. 292 fg.) Mißverständnisse der Neueren (S. 295.). Praktische Geltung des Unterschiedes zwischen der agnatischen und cognatischen Verwandtschaft (S. 295 fg.).

§. 1516. (S. 296—322.) Die einzelnen Anwendungsfälle der Codicillarclausel.

Prüfung der Wirksamkeit der Codicillarclausel in denjenigen Fällen, wo das Testament gleich von Anfang an nicht zu Recht besteht, 1. wegen subjectiver Mängel (S. 298.); 2. wegen Mängel der Beschaffenheit der Willenserklärung (S. 299 fg.), namentlich wegen Mangel der äußeren Form (S. 299.); 3. wegen Mängel des Inhalts (S. 301.)

Uebergang zu den Fällen, wo das Testament später hinfällig wird, namentlich irritum (S. 301—304.), ruptum durch neues Testament oder Revocation (S. 304—308.). In beiden Fällen äußert die Codicillarclausel keine Wirksamkeit. Anders beim testamentum destitutum (S. 308—322.). Erklärung der L. 1. C. *de fideic. libert.* (S. 309.) und L. 14. C. *de fideicommissis* (S. 310—314). Unterscheidung einzelner Fälle (S. 314.). Widerlegung der von Büsner und Richter aufgestellten Ansicht (S. 313—316.) und der in Elvers juristischer Zeitschrift ausgesprochenen Bedenken, verbunden mit der Beurtheilung eines Rechtsfalles (S. 316—322.).

§. 1516 a. (S. 322—363.) Streitfragen über die Kraft der Codicillarclausel bei Verletzung der Notherben- oder Pflichttheilsrechte.

Recht vor Nov. 115. (S. 323—345.). Das ältere Notherbenrecht (S. 324—345). Wirkung der Codicillarclausel bei eintretender Nullität (S. 324 fg.), bei der bonorum possessio contra tabulas. Erklärung der L. 31. C. *de fideicommissis* (S. 325—331.). Möglichkeit der Belastung des verletzten Notherben, wenn er auch nur titulo singulari honorirt ist (S. 329 fg.). Wirkung der Codillarclausel rücksichtlich solcher Erben, bei welchen keine Verletzung des Notherben- oder Pflichttheilsrechtes vorgekommen ist (S. 330 fg.). Ueber die bonorum possessio contra tabulas des Patrons. Erläuterung der L. 31. §. 3. D. *de fideic. libert.* (S. 331—333.). Wirkung der Codicillarclausel bei eintretendem Accrescenzrechte (S. 333 fg.), bei der Ruption des Testamentes durch agnatio postumi. Erklärung der L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.* (S. 334—338.). Analoger Fall der L. 11 — L. 13. D. *h. t.* (S. 336—338.). Unwirksamkeit der Codicillarclausel hinsichtlich des älteren Pflichttheilsrechtes bei der querela inofficiosi testamenti (S. 338—345.). Critik einer eigenthümlichen Ansicht von Vangerow (S. 341—345.).

Pflichttheils- und Notherbenrecht nach Nov. 115, rücksichtlich der Geschwister (S. 345.), rücksichtlich der De- und Ascendenten. Der verletzte Notherbe selbst ist nicht an die Codicillarclausel gebunden (S. 346—348.).

Prüfung abweichender Ansichten (S. 348—363.). Falsche Erklärungen der L. 31. C. *de fideicommissis* (S. 349—351.). Unrichtige Ansichten vom Standpunkte des Inofficiositätssystems (S. 351 — 353.), sowie des Nullitätssystems S. 353 — 366.). Widerlegung der früheren Mühlenbruch'schen Argumentation (S. 354.). Ansicht derjenigen Schriftsteller, welche noch eine bonorum possessio contra tabulas zulassen (S. 355.). Genauere Prüfung einer angeblichen Ausnahme im Falle der Ruption des Testamentes durch agnatio postumi, insofern der Erblasser den postumus irrthümlich präterirt habe (S. 355—361.). Der postumus würde doch wenigstens zur Zahlung der Vermächtnisse verpflichtet sein (S. 361 fg.). Angebliche Ausnahmen dieser Ausnahme (S. 362.). Schwanken der Praxis (S. 363 fg.).

Fortsetzung und Schluß des Titels:

De jure codicillorum.

§. 1513. b.

Fortsetzung. — Streitfragen über die Einheit der Handlung, des Ortes, der Zeit und resp. des Tages [1]).

Wenn man nach der in der neueren Zeit herrschend gewordenen Darstellung zu der Errichtung eines Testamentes Einheit der Handlung, des Ortes, der Zeit und resp. des Tages verlangt, so entsteht in Beziehung auf unsere Lehre die Frage: ob und welche dieser Einheiten auf das Codicill zur Anwendung zu bringen sind? Die bisher erklärte Hauptconstitution über die Form der Co-

1) Ueber die bei Testamenten erforderliche Einheit des Ortes und der Handlung siehe die Ausführungen von Glück im 34. Th. des Comment. §. 1413. S. 291—308. und §. 1414. S. 375—384. — Aus der neueren Literatur ist nachzutragen der gleichzeitig erschienene Aufsatz von Marezoll: Ueber die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes in der Gießner Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß 4. Bd. Nr. IV. S. 54—99., und der gegen Marezoll gerichtete, aber nur die s. g. Einheit des Tages betreffende Aufsatz von W. Sell: Ist zur Errichtung des testamentum privatum solenne außer der Einheit der Handlung und der Zeit auch noch Einheit des Kalendertages erforderlich? in den Sell'schen Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts 3ter Bd. Nr. 1. S. 1—30.

dicille[2]) enthält in dieser Beziehung die Vorschrift, daß die Zeugen **in uno eodemque tempore debent adhiberi.** Wollte man nun diese Constitution rein vom Standpunkte der obigen modernen Darstellung aus interpretiren, so könnte man dadurch leicht zu der Behauptung verleitet werden, daß bei den Codicillen die Beobachtung der Einheit des Ortes und der Handlung[3]) nicht erforderlich sei, weil in den eben erwähnten Worten nur die Nothwendigkeit der Einheit der Zeit hervorgehoben sei. Ein solches Verfahren wäre indessen eine völlig unstatthafte Uebertragung der modernen Anschauungs- und Darstellungsweise auf das römische Recht selbst. Wir haben vielmehr bei der Interpretation unserer Constitution stets die eigene Darstellungsweise der römischen Juristen hinsichtlich der bei der Errichtung eines Testamentes zu beobachtenden Formalitäten[4]) zu Grunde zu legen. In dieser Beziehung darf man nun nicht übersehen, daß die unseren Juristen so geläufigen Ausdrücke: **unitas temporis, loci** und **actus** in den Quellen nicht bloß nirgends vorkommen, sondern daß auch die römischen Juristen eine solche scharfe Trennung und Hervorhebung der Einheit der Zeit, der Handlung und des Ortes nirgends vornehmen, und am wenigsten diese drei Requisite gerade in dieser Fassung an irgend einem Orte zusammengestellt haben[5]).

2) L. 8. §. 3. (L. ult. §. ult.) C. *h. t.*, erläutert im 44. Th. des Comm. §. 1512. a. S. 393. fgg.

3) Denn daß die s. g. Einheit des Tages auch bei Testamenten nicht beobachtet zu werden braucht, wird am Schlusse dieses Paragraphen nachgewiesen werden.

4) Die genauesten Nachweisungen hierüber finden sich in der in Note 1. citirten Abhandlung von Marezoll.

5) Eine solche Trennung dieser drei Einheiten ist auch gar nicht nothwendig, da sie alle in dem einen Erfor-

So wird namentlich, um auf das Einzelne aufmerksam zu machen, das Erforderniß der Einheit des Ortes nur zwei Mal mit den Worten: uno eodemque loco[6]), oder eodem loco[7]) bezeichnet. In allen übrigen Stellen wird nur von der Gegenwart oder der Zuziehung von 7. Zeugen[8]), von der Nothwendigkeit der Errichtung des Testamentes im Angesicht des Testators[9]), und in ähnlichen Ausdrücken[10]), geredet. Ja gerade in der Hauptconstitution über die Form der Testamente[11]) und der in den Institutionen enthaltenen Relation derselben[12]) wird man vergeblich nach dem Ausdrucke eodem loco suchen. Schon hierdurch allein würde die Behauptung, daß das Erforderniß der Einheit des Ortes in dem Ausdrucke: quinque testes . . . debent adhiberi mit enthalten sei, vollkommen ge-

dernisse der Einheit der Handlung enthalten sind, sobald das letztere nur mit gehöriger Schärfe festgestellt wird. Vergl. die Bemerkungen weiter unten im Texte hinter Note 16.

6) L. 8. pr. C. *qui testam. facere* (VI. 22.)

7) L. 12. C. *de testamentis* (VI. 23.)

8) L. 8. pr. C. not. 6. cit. L. 28. §. 1. L. 31. C. *de testamentis* (VI. 23.) §. 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.)

9) L. 9. C. *de testamentis* (VI. 23.)

10) So z. B. coram testatore in L. 12. C. *eod.* (VI. 23.), sub obtutu septem testium in L. 8. C. *qui testam. facere* (VI. 22.), testes sub obtutibus testatoris in Nov. Valentin. III. Tit. XX. (bei Ritter Tit. 4. und bei Hugo jus. civ. antejust. Lib. II. Tit. XXI.) §. 4., ut testator praesentes videat subscriptores in L. 3. §. 2. C. Th. *h. t.* (VI. 4.)

11) L. 21. C. *de testamentis* (VI. 23.)

12) §. 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.)

rechtfertigt sein. Bis zur völligen Evidenz wird aber der Beweis der Gleichheit der Testamente und Codicille in diesem Punkte, ganz abgesehen von dem in §. 1512. a. S. 399. aufgestellten leitenden Principe, dadurch erbracht, daß die in den Institutionen a. a. O. bei der Darstellung der Form der Testamente gebrauchten Worte: ut uno eodemque tempore septem testibus adhibitis etc. ganz und gar wörtlich mit der für die Codicillarform gewählten Fassung: quinque testes . . . in uno eodemque tempore debent adhiberi übereinstimmen. Die Ansicht, daß bei den Codicillen die Einheit des Ortes nicht beobachtet zu werden brauche, daß es mithin genüge, wenn die Zeugen den Erblasser nur reden hörten, ohne ihn zu sehen, eine Ansicht, welche namentlich in älterer Zeit viele Anhänger gefunden hat[13]), ist daher auf das Entschiedenste zu verwerfen, wie dies auch von der Mehrzahl der juristischen Schriftsteller seit jeher geschehen ist[14]).

13) JASON a Mayna Consil. Lib. 3. Cons. 82. nr. 3. und 4. *Mar.* SOCINUS sen. Cons. Lib. 1. Consil. 130. nr. 9. *Jo.* DILECTI de arte testandi Tit. 2. Caut. 8. nr. 3. *Ferd.* VASQUIUS de success. progr. Lib. 3. §. 30. nr. 12. *Fr. de* BARRY Tract. de success. Lib. 1. Tit. 6. nr. 4. *Mich.* GRASS Recept. Sent. Lib. 1. §. Codicillus qu. 1. nr. 9.

14) *Phil.* DECIUS Cons. 354. nr. 2. und 3. *Phil.* CORNEUS Vol. II. Cons. 18. nr. 7. *B.* CARPZOV Pars 3. Const. 4. Def. 37. *Nicol.* REUSNERUS Tract. de test. T. 3. Cap. 13. nr. 16—18. *Jo.* BRUNNEMANN Comment. in Pand. Rubr. *h. t.* nr. 10. *A.* STRUV Syntagm. jur. civ. Exerc. 34. Th. 58. not. ibique. *Petr.* MÜLLER. LAUTERBACH Collegium theor. pract. *h. t.* §. 6. nr. I. *Sam.* STRYK de cautel. test. Cap. 23. §. 17.

Mit mehr Schein ließe sich dagegen die Behauptung aufstellen, daß die Einheit der Handlung noch nicht in den Worten: quinque testes... uno eodemque tempore debent adhiberi mit inbegriffen sei[15]. Allein auch diese Behauptung muß verworfen werden. Denn die Zeugen sollen nicht bloß zu derselben Zeit (eodem tempore) also gleichzeitig, sondern auch in einer Zeit (uno tempore) d. h. in einem einzigen, durch die Handlung ausgefüllten Zeitraume fungiren[16]. Wird nun der Act der Errichtung des Testaments oder des Codicills durch eine fremdartige Handlung unterbrochen, so fällt die Errichtung in zwei gerade durch diese fremdartige Handlung von einander getrennte Zeiträume, und die Zeugen haben dann nicht uno tempore fungirt. Die Einheit der Zeit, in voller Schärfe aufgefaßt, schließt daher auch die Einheit der Handlung in sich, und umgekehrt schließt die Einheit der Handlung auch wiederum die Einheit der Zeit in sich. Es handelt sich hier um ein und dasselbe Erforderniß, nur von zwei verschiedenen Seiten her aufgefaßt und dargestellt. Es kann uns daher nicht befremden, daß die römischen Juristen meistentheils nur die eine oder die andere dieser Einheiten hervorheben[17], und wir dürfen aus der Her-

15) Dies hat namentlich Danz §. 1512. Note 1. cit. S. 237. gethan, indem er die Einheit der Handlung für die Codicille nur aus unserem obersten Principe und der nachher im Texte folgenden L. 28. pr. C. *de testam.* ableitet.

16) Hierauf ist mit Recht von W. Sell a. a. O. S. 21. fg. aufmerksam gemacht.

17) So wird nur die Einheit der Handlung erwähnt in L. 21. §. 3. D. *qui testamenta* (XXVIII. 1.) L. 28. pr. C. *de testam.* (S. 6. fgg. im Texte), während in sämmtlichen am Schluße dieses Paragraphen, bei Erörterung der s. g. Einheit des Tages, zu besprechenden

vorhebung des Einen nicht auf die Ausschließung des Anderen schließen. So redet z. B. Justinian in dem ersten Abschnitte des §. 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.) von der Zuziehung der Zeugen **uno eodemque tempore**, und in dem zweiten Abschnitte gebraucht er, um genau dasselbe Merkmal zu bezeichnen, die Ausdrücke: „**ut quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia etc.**

Einen directen Beweis für die Richtigkeit der bisherigen Behauptungen gewährt uns die bekannte Verordnung Justinians über das Erforderniß der Einheit der Handlung bei Testamenten und Codicillen. In dieser L. 28. pr. C. *de testamentis* (VI. 23.) spricht sich Justinian nämlich folgendermaaßen aus[18]: **Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interveniente**[19], **et hujusmodi verborum compositio, non rite interpretata, paene in perniciem et testantium et testamentorum processerit: sancimus in tempore quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel ultima quaedam dispositio**[20] **secundum pristinam**

Stellen nur die Einheit der Zeit hervorgehoben wird. — Beides neben einander findet sich in L. 21. §. 2. C. *de testam.* (abgedruckt auf S. 12.), und beides abwechselnd für einander gebraucht in §. 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.)

18) Die genauere Erklärung dieser Constitution siehe bei Glück im 34. Th. des Comment. §. 1414. S. 380. fgg.

19) Ulpian in L. 21. §. 3. D. *qui testam.* (XXVIII. 1.) spricht von einem „**nullum actum alienum testamento intermiscere.**“

20) **Testamentum** und **codicillus** beziehen sich auf die schriftlichen letzten Willenserklärungen, und **ultima quaedam dispositio** auf mündliche Testamente und Codicille. Siehe den 44. Th. des Comment. §. 1512. a.

observationem celebratur, nihil enim ex ea penitus immutandum esse censemus, ea quidem quae minime necessaria sunt, nullo procedere modo: quippe causa subtilissima proposita, ea, quae superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii, vel potionis oblatio vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat, vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo quod urget et imminet, repleto vel deposito, iterum solita per testamentifactionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat, testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat: iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat: si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire: iterum eorumdem testium reversum exspectari et solemnia peragi sancimus. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat, tunc illo vel illis testibus circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem, quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, jubemus tunc eos vel eum una cum aliis testibus ea quae oportet facere, etsi in medio subscriptiones tes-

S. 414. Note 91., verglichen mit §. 1512. S. 368. Note 85. und S. 386. Note 24.

tium jam fuerint subsecutae. Sic enim et naturae medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.

Diese vom 27. Mai 530. datirte sehr verständige Constitution kündigt sich in ihrem Eingange ausdrücklich als eine authentische Interpretation („**non rite interpretata**") des Begriffes der Einheit der Handlung an[21]). Da nun in den Dispositivworten derselben neben dem Testamente auch das Codicill mit genannt wird („**vel codicillus nascitur**"), so hat Justinian augenscheinlich die Nothwendigkeit der Einheit der Handlung für die Codicille nicht erst neu eingeführt, sondern als bereits vorhanden und nur einer Interpretation bedürftig vorausgesetzt. Justinian muß daher von der Ansicht ausgegangen sein, daß dieses Erforderniß bereits in der, der ersten Ausgabe des Coder einverleibten[22]) **L. 8. §. 3. C.** *h. t.* enthalten gewesen sei. Daß er überhaupt keine Neuerung für die Codicille einzuführen beabsichtigte, geht auch, ganz abgesehen von den Worten: **nihil enim — immutandum esse censemus,** daraus deutlich hervor, daß das Codicill in der ganzen Constitution nur ein einziges Mal und gleichsam im Vorbeigehen erwähnt wird. In einem Punkte überschreitet indessen die Verordnung doch die Gränzen einer authentischen Interpretation. Wenn nämlich von den zugezogenen Zeugen

21) Diese Interpretation ist auch ganz im Geiste der in Note 19. angeführten Erklärung Ulpians. — Dieser Character der Constitution wird von Marezoll a. a. O. S. 94. verkannt, welcher die Verordnung Justinians für eine Singularität erklärt, und sich sogar geneigt zeigt, ein mit Unterbrechungen der in **L. 28. pr. C.** *cit.* geschilderten Art errichtetes Testament ein privilegirtes zu nennen.

22) Den Beweis dieser Behauptung siehe im 44. Th. des Comment. §. 1512. a. S. 405.

einer oder einige durch ein nicht rasch vorübergehendes Unwohlsein verhindert werden, dem Testamentsacte resp. der Errichtung des Codicilles bis zu Ende beizuwohnen, so wird es in den Worten: Sin autem longiore spatio u. s. w. zweckmäßiger Weise erlaubt, andere Zeugen, an ihrer Stelle, unbeschadet der Einheit der Handlung zuzuziehen, während nach dem bis dahin geltenden Rechte hierdurch der Act entschieden unterbrochen wurde, und daher von neuem hätte wieder angefangen werden müßen. Eine Rogation dieser neuen Zeugen kann nun freilich nicht entbehrt werden; allein es ist keineswegs, wie Glück a. a. O. S. 380. irrthümlich vorträgt, erforderlich, daß ihnen vom Testator oder von einem Zeugen der ganze Inhalt der früheren Verhandlungen mitgetheilt, und damit im Grunde der Act von neuem wieder begonnen werde. Sie haben vielmehr nur den Testator und die alten Zeugen zu befragen („sciscitari"), ob die frühern Verhandlungen, auf deren Inhalt sie weiter nicht einzugehen brauchen, in Gegenwart sämmtlicher Zeugen gehörig vorgenommen seien („si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent"). Eine häufig längere Zeit in Anspruch nehmende Mittheilung des Inhaltes der früheren Verhandlungen kann auch um so weniger als nothwendig angenommen werden, da Justinian gerade vorzugsweise für den Fall sorgen wollte, wo wegen zunehmender Todesgefahr des Erblassers („et maxime si salus testatoris periclitantis immineat") eine schleunige Beendigung des Actes nothwendig wird[23]).

Zum Beschlusse dieses Paragraphen haben wir end-

23) Auf diesen Irrthum Glück's mußte ich um so mehr aufmerksam machen, da die im Texte besprochene Verfügung Justinians in den meisten neueren Lehrbüchern gar nicht erwähnt, und in anderen, wie z. B.

lich noch die Frage über die s. g. Einheit des Tages bei den Codicillen zu erledigen. Marezoll[24]) hat bekanntlich zuerst für die Errichtung der Testamente außer der Einheit der Zeit auch noch Einheit des Kalendertages in dem Sinne erfordert, daß die Testamentssolennisirung nicht bloß in ununterbrochener Zeitfolge (uno eodemque tempore) sondern auch an demselben Kalendertage (eodem die) begonnen und vollendet werden müße, so daß ein kurz vor Mitternacht begonnenes und in einem Zuge und ohne irgend eine Unterbrechung aber erst kurz nach Mitternacht vollendetes Testament eben deshalb nicht zu Recht bestehen könne. Den Marezoll'schen Ausführungen sind allerdings einige Rechtsgelehrte beigetreten[25]); allein die meisten der nach dem Marezoll'schen Aufsatze erschienenen Lehrbücher[26]) haben die neue Ansicht dadurch still-

von Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. S. 329, von Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 831. S. 146. fg., und in Sintenis praktischem gemeinen Civilrechte 3ter Th. (Leipzig 1852.) S. 378. Note 5. sehr ungenau wiedergegeben wird. Eine richtige Darstellung findet sich nur bei Marezoll a. a. O., in v. Vangerow's Leitfaden 2ter Th. §. 444. S. 148. bei Christiansen Institutionen S. 702. und in v. Holzschuhers Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. 1ste Abth. Kap. von Testamenten S. 564. zur 7ten Frage.

24) In dem Note 1. citirten Aufsatze S. 68—73.

25) Thibaut System des Pandektenrechts 2ter Th. §. 829. Nr. II. Note d. (der 8ten Aufl.) v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Bd. §. 444. S. 146. Nr. II. Lang Lehrbuch des Justin. Röm. Rechts §. 412. S. 408. (der 2ten Auflage.)

26) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Bd. §. 660. Nr. 6. Note 13—16. (der 4ten Auflage.)

schweigend verworfen, daß sie die s. g. Einheit des Tages nicht mit unter den Erfordernissen der Errichtung eines Testamentes aufzählen. Der kleinste Theil hat sich endlich ausdrücklich gegen Marezoll erklärt[27]).

Diese für die Codicille natürlich präjudicielle Streitfrage kann indessen nicht zu Gunsten der neuen Theorie entschieden werden[28]). Die einzige Stütze derselben im Justinianeischen Rechte bildet die **L. 21. C.** *de testam.* **(VI. 23.)**[29]). Die einschlagenden Worte derselben lauten

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. Bd. §. 50. Note c. (Fritz referirt nur in der Anmerkung die Ansicht Marezoll's). Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 640. a. E. Nr. 2. (der 10ten Aufl.) Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's röm. Privatrechte 5. Bd. §. 815. Nr. B. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. §. 831. Mayer die Lehre vom Erbrechte (Berlin 1840.) 1ster Th. §. 9. Note 5. und die Institutionenlehrbücher von Christiansen S. 702. und von v. Scheurl S. 360.

27) Puchta Pandekten §. 464. Note f. und in seinen Vorlesungen darüber 2ter Th. S. 330. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Rechts S. 310. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. §. 169. S. 378. Note 5. a. E. und insbesondere der in Note 1. citirte Aufsatz von W. Sell.

28) Auf diese Streitfrage mußte hier genauer eingegangen werden, weil Glück im 34sten Th. des Commentars die gleichzeitig erschienene Abhandlung Marezolls noch nicht hatte berücksichtigen können.

29) Es ist dies die Hauptconstitution des Justinianeischen Codex über die Form der Testamente, welcher die von Marezoll stets citirte Nov. Theod. Tit. XXIII. zu Grunde liegt. Da wir uns aber für das praktische Recht doch an die Justinianeische Sammlung halten müssen, so habe ich im Texte

im Eingange: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere etc., und in §. 2.[30]): In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere, et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficit uno eodemque die[31]), nullo actu interveniente, testes omnes videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum etc. Außerdem wird noch auf die Schlußworte der Notariats-Ordnung Kaiser Maximilian I. vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 7.: „alsdann desselben Tags und Zeit, ohn daß einige andre außwendige Handlung oder Weile, dann allein der Leibs-Noth halber geschehe und klein wäre, darzwischen falle, durch die sieben Zeugen alle, mit eigenen Händen unterschrieben, und gewöhnlichen Siegln oder Signeten bezeichnet werde" Bezug genommen[32]).

gleich die Justinianeische Redaction gewählt, welche im Wesentlichen mit der Fassung der Novelle übereinstimmt.

30) In den älteren Ausgaben des Corp. jur. werden die folgenden Worte noch zum Principium gerechnet.

31) Hier existiren verschiedene Lesarten: uno eodemque tempore — uno tempore eodemque die — uno eodemque tempore et die. — Die im Texte gewählte, auch von Herrmann in der Kriegel'schen Ausgabe befolgte Lesart stimmt mit dem Texte der Novelle überein. Für unsere Controverse ist übrigens diese Verschiedenheit der Lesarten irrelevant, indem die Worte: uno eodemque die ac tempore im Principium der Stelle durch alle Handschriften verbürgt sind.

32) Ueber die Notariats-Ordnung werde ich mich am Schluße des Paragraphen erklären.

Marezoll hat nun mit unverkennbarer Gewandheit nachzuweisen versucht, daß die Worte: uno eodemque die ac tempore vermöge des grammatischen Elements eine von einander verschiedene Einheit der Zeit und Einheit des Tages bezeichnen könnten, und vermöge des logischen Elements, um eine Tautologie zu vermeiden, bezeichnen müßten. Er hat außerdem auch noch eine antejustinianeische Novelle zu Hülfe genommen, auf welche ich bei Note 42. zurückkommen werde. Trotz alle diesem kann aber doch die Marezoll'sche Ansicht nicht gebilligt werden. Zuerst nämlich kann dieselbe in keinem Falle in der Allgemeinheit aufgestellt werden, wie dies von Marezoll geschehen ist. Alle Constitutionen, auf welche er sich beruft, reden nur vom schriftlichen Testamente. Das mündliche Testament wäre daher keinenfalls dieser Vorschrift unterworfen. Aber auch bei den schriftlichen Testamenten wird nur angeordnet, daß die Zeugen uno eodemque die ac tempore unterschreiben und siegeln sollen. Die Beobachtung der s.g. Einheit des Tages würde demnach nur auf den Act der Unterschrift und der Besiegelung der Zeugen einzuschränken sein[33]. Die hervorgehobenen Worte können aber auch, hiervon ganz abgesehen, unmöglich den Sinn haben, welchen Marezoll ihnen unterlegt:

1) weil von dieser s. g. Einheit des Tages sonst nirgends im ganzen Corpus juris eine Spur anzutreffen ist, indem sie selbst nicht an denjenigen Orten erwähnt wird, wo die bei der Errichtung eines Testamentes oder Codicilles zu beobachtenden Formalitäten einzeln und genau aufgezählt werden[34]. Die Einheit der Zeit wird überall hervorgehoben; eine Einheit des Tages findet man

33) Siehe W. Sell a. a. O. S. 18.

34) Dies hat schon mit Recht geltend gemacht W. Sell a. a. O. S. 20—27.

aber nirgends erwähnt. So wird dieselbe namentlich in dem §. 3. J. *de testam. ordin.* (II. 10.), welcher zur Darstellung der im Justinianeischen Rechte nothwendigen Testamentssolennitäten bestimmt ist, mit völligem Stillschweigen übergangen, und auch Theophilus erwähnt in seiner Paraphrase zu diesem Paragraphen keine Silbe davon. Eben so suchen wir in der Justinianeischen Constitution über das Testament der Blinden[35]), wo die einzelnen Formalitäten im kleinsten Detail angegeben, wo namentlich die Einheit der Zeit und des Ortes („quibus omnibus ex ordine peroratis uno eodemque loco et tempore“ etc.) erwähnt werden, dennoch vergeblich nach der s. g. Einheit des Tages. Das Nämliche gilt von der auf S. 6. fgg. abgedruckten L. 28. pr. C. *de testam.* (VI. 23.), welche sich gerade absichtlich mit der Einheit der Handlung beschäftigt. Auch in dieser Constitution wird nicht im Entferntesten darauf hingedeutet, daß die einmal begonnene Handlung vor Mitternacht beendigt werden müsse. Endlich wird auch in unserer L. 8. §. 3. C. *h. t.* bei den Codicillen nur verlangt, daß die Zeugen in uno eodemque tempore zugezogen werden sollen.

2) Weil auch die Basiliken das in Frage stehende formelle Erforderniß der L. 21. C. *de testam.* einfach dadurch wiedergeben, daß die Zeugen ἐν ἑνὶ καὶ αὐτῷ καιρῷ fungiren müssen[36]), und eine Einheit des Tages weder bei dem mündlichen solennen Privattestamente[37]), noch bei dem Testamente eines Blinden[38]) erwähnen.

35) L. 8. C. *qui testam. facere* (VI. 22.)

36) Basilic. Lib. XXXV. Tit. 2. Const. XVI. pr. (ed. HEIMBACH T. III. p. 546. ed. FABROT. T. IV. p. 774.)

37) Basilic. l. c. §. 2. (ed. HEIMBACH T. III. p. 547. ed. FABROT. T. IV. p. 775.)

38) Basilic. Lib. XXXV. Tit. 3. Const. 8. (ed. HEIMBACH T. III. p. 550. ed. FABROT. T. IV. p. 778.)

3) Weil dieser neue Rechtssatz jedes vernünftigen Grundes entbehrt, und es bei dem Mangel genauer Uhren im Alterthume im höchsten Grade unwahrscheinlich erscheint, daß dem Momente des Eintrittes der Mitternacht eine solche exorbitante Wirkung beigelegt sei[39]. Die Annahme einer Tautologie, welcher Marezoll gern aus dem Wege gehen will, wäre wahrlich bei weitem eher zu rechtfertigen, als die Annahme eines so sinnlosen Rechtssatzes.

Glücklicherweise brauchen wir aber auch nicht einmal zu der Annahme einer Tautologie unsere Zuflucht zu nehmen. Der von Hänel entdeckte Schlußsatz der **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* vom Jahre **424.**, welchen wir in **§. 1512.** S. **384.** fgg. genauer kennen gelernt haben, hilft uns über alle Schwierigkeiten hinweg[40]. In den Worten: **In omni autem genere testamenti, sive id praetorio jure sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur, id volumus observari, ut eodem die quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque ejus in diem alterum differratur** etc. treffen wir zum ersten Male eine

39) Auf diesen Punkt haben mit Recht W. Sell a. a. O. S. 6. und Puchta in den Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. S. 333. aufmerksam gemacht. — Sell hat ferner auf S. 7—12. noch ausgeführt, daß sich auch bei den übrigen solennen Rechtsgeschäften nirgends eine Spur von der Vernichtung einer begonnenen Handlung durch den Eintritt der Mitternacht finde.

40) Marezoll hat diesen Schlußsatz bei Abfassung seines Aufsatzes noch nicht gekannt. Er wußte damals nur so viel von dem Inhalte desselben, als aus den nachher im Texte angeführten Novellen zu entnehmen war.

Verfügung an, welche auf die in Frage stehende Einheit des Kalendertages bezogen werden könnte. Allein wir sehen zugleich aus den hinzugefügten Worten: **nihilque ejus in diem alterum differatur**, sobald wir sie nicht als eine nichtssagende Tautologie, sondern als Erläuterung des Vorhergehenden auffassen, daß der Kaiser die Einheit des Tages nur in dem Sinne versteht, daß die Errichtung des Testamentes und resp. Codicilles nicht an dem einen Tage begonnen, und dann zur Vollendung auf den durch die Nacht davon getrennten folgenden Tag verschoben oder ausgesetzt werden dürfe. Denn das Wort **differre** bezeichnet überall nur das Hinausschieben auf einen von der Gegenwart durch Zwischenräume getrennten Zeitpunkt[41]). So ist also in dieser Constitution die s. g. Einheit des Tages nur als ein anderer Ausdruck für die sonst überall vorkommende Einheit der Zeit gebraucht. Dies geht auch auf das Deutlichste aus den nachfolgenden Novellen hervor, welche die wirkliche aber höchst unzweckmäßige Neuerung der obigen **L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.* aufhoben. Es ist bereits in **§. 1512. S. 387.** darauf aufmerksam gemacht, daß es bis auf diese Constitution erlaubt war, das Niederschreiben der Testamentsurkunde und die eigentliche Solennisirung derselben durch Vornahme des Testiractes an verschiedenen Tagen vorzunehmen, daß dies aber durch die erwähnte Theodosische Novelle (**L. 7. §. 2. C. Th.** *h. t.*) sowohl für Testamente wie für Codicille untersagt wurde. Dieses Verbot wurde nun zuerst für den Osten im Jahre 439. durch Theodosius selbst in seiner be-

41) Vergl. die sämmtlichen bei Brissonius de verborum significatione v. differre aus den Pandekten, und die bei W. Sell a. a. O. S. 25. Note 55. aus Cicero's Werken citirten Stellen.

kannten Testamentsnovelle aufgehoben. Die einschlagenden auf S. 12. abgedruckten Worte der L. 21. §. 2. C. J. *de testam.* (VI. 23.) haben allerdings den Ausdruck dies aus der früheren Constitution beibehalten, allein augenscheinlich keinen neuen Sinn damit verbunden, indem hier im Gegentheil nur eine früher eingeführte Formalität erlassen werden sollte. Deshalb wechseln auch in dieser Constitution die Ausdrücke: uno eodemque die ac tempore im Eingange, uno eodemque tempore in §. 2. und uno eodemque die . . nec diversis temporibus in demselben §. 2. ganz willkührlich mit einander ab, während beim mündlichen Testamente nur von Zeugen simul uno eodemque tempore collecti geredet wird. Durch den Ausdruck uno eodemque die ac tempore wollte der Kaiser aber offenbar andeuten, daß der Testamentsact nicht bloß nichtig sei, wenn er an zwei verschiedenen, durch eine Nacht von einander getrennten Tagen, sondern auch wenn er zu verschiedenen, durch Zwischenräume von einander getrennten, Stunden desselben Tages vorgenommen werde, und wir haben bei dieser Erklärung keine Tautologie, sondern nur zwei verschiedene Anwendungen desselben Grundsatzes der Einheit der Zeit vor uns, während der Ausdruck uno eodemque tempore allein nur den Grundsatz der Einheit der Zeit in seiner abstracten Allgemeinheit darstellt.

Zu demselben Resultate gelangen wir aber auch durch die von Marezoll zu seinen Gunsten geltend gemachte, im Justinianeischen Rechte freilich nicht recipirte Nov. Valent. III. Tit. XX.[42]), welche das obige Verbot im Jahre 446. auch für den Westen aufhob. In §. 3.

42) In Ritter's Ausgabe des Gothofredischen Codex Theodosianus T. VI. P. 2. Suppl. Nov. Valent. Tit. 4. p. 109., und bei Hugo jus civile antejustinianeum Nov. Valent. III. Tit. XXI. N. II. p. 1322.

und 4. dieser Novelle spricht sich der Kaiser nämlich folgendermaaßen aus: §. 3. Necessitatem quoque praecipitem submovemus, quae testatores hactenus compulit, sub unius diei spatio supremum festinato nimis ordiri et implere judicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et quot voluerint diebus in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit cui licebit saepe dictata corrigere. — §. 4. Testes autem subscriptiones suas uno die vel omnes pariter, vel, si legitimus numerus exiguam moram fecerit, horis praebere diversis, sub obtutibus testatoris jubemus. Auch hier wird in §. 3. die obige Neuerung mit umständlichen Worten aufgehoben; der Entwurf und das Niederschreiben der Testamentsurkunde kann wieder auf so viele Tage, wie es dem Erblasser beliebt, vertheilt werden. In §. 4. soll dagegen, wie schon der Gegensatz autem andeutet, im Uebrigen das bisherige Recht nur bestätigt werden, und wir haben daher keine Veranlassung dem Ausdrucke uno die eine andere und prägnantere Bedeutung beizulegen, als dies in der früheren Theodosischen Verordnung geschehen war. Der Sinn dieses §. 4. ist daher offenbar kein anderer, als daß die Unterschriften der Zeugen nicht an verschiedenen, durch eine Nacht von einander getrennten Tagen, und auch nicht zu verschiedenen durch einen längeren Zwischenraum von einander getrennten Stunden desselben Tages vollzogen werden sollen[43].

43) Marezoll a. a. O. S. 68. und 70. nimmt mit Unrecht an, daß es nach dieser Novelle mit der Einheit der Zeit weniger streng genommen werden solle, indem die Zeugen, mit Unterbrechungen, zu den verschie-

Wie wenig Gewicht auf den Ausdruck dies zu legen sei, geht auch schließlich noch aus folgenden zwei Punkten hervor. Die eben besprochenen zwei Novellen von Theodosius und Valentinian wollen beide den Inhalt der L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* referiren. Die Valentinianische Novelle thut dies mit den Worten, es solle nicht mehr nöthig sein: sub unius diei spatio supremum ordiri et implere judicium. Theodosius dagegen sagt einfach: superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere u. s. w. Zweitens haben die Compilatoren der Justinianeischen Sammlung die Worte et eodem die .. nihilque ejus in diem alterum differatur der Originalconstitution ebenfalls einfach durch die Worte: quinque testes .. in uno eodemque tempore debent adhiberi wiedergegeben. (Vgl. §. 1512. a. S. 393.)

Wenn diesemnach die s. g. Einheit des Tages für Testamente und folgeweise für Codicille im römischen Rechte nicht begründet ist, so kann sie aus der angeführten Stelle der Notariats-Ordnung noch viel weniger abgeleitet werden. Dieselbe hat hier geradezu wörtlich den Ausdruck uno eodemque die ac tempore der L. 21. pr. C. *de testam.* (VI. 23.) ins Deutsche übertragen, und dadurch den augenscheinlichsten Beweis geliefert, daß sie nur römisches Recht wiedergeben wolle.

denften Stunden desselben Tages unterschreiben dürften. Allein der Kaiser spricht nur von einer exigua mora, und wollte deshalb nur davor warnen, daß man wegen der Nothwendigkeit der Gleichzeitigkeit der Unterschriften nicht gar verlange, daß sie auch in derselben Stunde erfolgen müssten, indem es leicht geschehen könne daß, wenn einige Zeugen etwas langsam mit der Unterschrift zu Werke gingen, dieselbe, wegen des Eintrittes einer neuen Stunde, in verschiedenen Stunden vollzogen sei.

Wir müssen daher mit diesen Worten eben den Sinn verbinden, welchen wir oben den Worten der Theodosischen Verordnung beigelegt haben. Daß aber auch die Verfasser der Notariats-Ordnung bei diesen Worten nicht an eine von der Einheit der Zeit verschiedene Einheit des Tages gedacht haben, geht ganz entschieden daraus hervor, daß eine solche Einheit des Tages weder in §. 8. bei dem mündlichen solennen Privattestamente, noch in §. 9. bei dem Testamente eines Blinden als ein nothwendiges Erforderniß aufgeführt wird[44]).

§. 1513. c.

Fortsetzung. — Streitfragen über die Form des schriftlichen solennen Privatcodicills. Ist namentlich die Unterschrift des Erblassers und die signatio der Zeugen erforderlich?

Wenden wir uns jetzt zu den Eigenthümlichkeiten der schriftlichen solennen Privatcodicille, so haben wir dabei die Functionen des Erblassers und der Zeugen gesondert ins Auge zu fassen.

A. In der ersteren Beziehung ist zunächst die Streitfrage zu erörtern: ob der Erblasser das Codicill zu unterschreiben habe?[45]). Die herrschende Ansicht der älteren Schriftsteller war für die Verneinung dieser Frage[46]).

44) W. Sell a. a. O. S. 28. fgg.

45) Die genauere Schilderung der bei dieser Unterschrift zu beobachtenden Solennitäten siehe auf S. 29. fgg. — Von der Unterschrift des Erblassers bei Testamenten handelt Glück im 34ten Th. des Comment. §. 1415. a. S. 403—419.

46) Die meisten Juristen schweigen von diesem Erfordernisse, und verwerfen es dadurch stillschweigend. Ausdrücklich wird es verworfen von *Fr.* HOTOMANUS Consil. 56. nr. 8. Cons. 57. nr. 18. *Matth.* WESEMBECIUS Paratitla ad Pand. *h. t.* nr. 4. *Joh.* HARPPRECHT Comment.

Durch einen Aufsatz von Marezoll[47], welcher die entgegengesetzte Ansicht vertheidigte, ist indessen ein Umschwung der Ansichten eingetreten, so daß die Mehrzahl der späteren Juristen[48], gegen eine geringe Mino-

ad §. 3. J. *h. t.* nr. 8. *A.* STRUV Syntagm. jur. civ. Exerc. 34. Th. 58. nr. 4. *Just.* MEIER Colleg. Argentor. *h. t.* Th. 14. nr. VI. *Sam.* STRYK de cautel. testam. Cap. 23. §. 8. *Jo.* VOET Comment. ad Pand. *h. t.* nr. 1. *God.* WERNHER Lectiss. Comment. ad Pand. *h. t.* §. 12. *Just.* MÜLLER Promtuar. jur. T. II. v. codicillus nr. 11. HOFACKER Princip. jur. T. II. §. 1569. not. h. MALBLANC Principia juris romani §. 729. hinter not. n. GÜNTHER princip. jur. §. 728. in Note b. Klapproth Abhandl. von Testamenten §. 71. S. 247. Note a. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 626. Note 3. Wittich System des Civilrechts 2ter Bd. §. 359.* Note.

47) In Grolman und Löhr's Magazin 4ter Bd. S. 162—165.

48) Bucher System der Pandekten §. 413. Note 1. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. B. §. 53. not. z. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts §. 729. Note 5. (In der 4. Auflage ist in Note 5. hinter den Worten: Seuffert Pand. Recht. 3. folgende ausgefallene Zeile einzuschalten: Th. §. 601. Note 6. Marezoll in Grolman und Löhr's Magazin IV.) W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen 2ter Th. §. 250. S. 282. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 709. not. g. Seuffert Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts 3. Th. §. 601, Note 6. v. Hartitzsch Erbrecht §. 867. a. E. Danz a. a. O. S. 241—244. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht

rität[49]), die Unterschrift des Erblassers auch bei Codicillen für nothwendig erklärt. Diese Ansicht ist denn auch entschieden die richtige. Dieselbe ergiebt sich nicht nur aus unserem obigen leitenden Principe (§. 1512. a. S. 399.), sondern hat überdieß noch eine positive Stütze an der L. 28. §. 1. C. *de testam.* (VI. 23.)[50]), in wel-

3ter Bd. 2te Abth. §. 1001. S. 557. Nr. 4. Christiansen Institutionen S. 738. §. 28. Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Bd. S. 680. Note 68. Arndts daselbst 6ter Bd. S. 291. Note 92. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Bd. 1te Abth. Erbrecht Kap. X. zu Frage 3. S. 800. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. S. 425. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. S. 704. Note 3. (Sintenis hat übrigens die Form der Codicille etwas flüchtig behandelt, indem er nicht einmal darauf aufmerksam macht, daß sich in der L. 28. C. *de testam.* (VI. 23.) auch hinsichtlich der Codicille Vorschriften über die Einheit der Handlung und die Unterschrift des Erblassers vorfinden.) Auch v. Scheurl Lehrbuch der Institutionen muß vermöge des in §. 204. adoptirten Principes hieher gezählt werden. (Vgl. §. 1512. a. S. 400. Note 52.)

49) Thibaut System des Pandektenrechts §. 934. not. s. (der 8. Aufl.). und Brauns Dictat zu §. 783. v. das Schreiben oder Unterschreiben des Codicillanten. M. Valett Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts 3ter Th. §. 1111. Note 66. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1ster Th. S. 28—30. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's römischem Privatrechte 5ter Bd. §. 890. S. 285. Note 6. Lang Lehrbuch des Justin. Röm. Rechts §. 418. a. E. (der 2ten Ausgabe.)

50) Das Principium dieser Constitution ist in §. 1513. b. (S. 6. fgg.) besprochen.

cher Justinian Folgendes festsetzt: **Quum autem constitutione, quae de testamentis ordinandis processit[51]), cavetur, quatenus septem testium praesentia in testamentis requiratur, et subscriptio a testatore fiat vel ab alio pro eo, et constitutio sic edixit: *octavo subscriptore adhibito*, et quidam testamentum suum omne manu propria conscripsit, et post ejus literas testes adhibiti suas subscriptiones supposuerunt, aliaque omnia solemniter in testamento peracta sunt, et testamentum ex hoc, de quo dubitabatur, irritum factum est[52]), eandem constitutionem corrigentes sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque ab eo neque pro eo ab alio, sed sequantur hujusmodi scripturam et literae testium et omnis, quae exspectatur observatio, et sit[53]) testamentum validum et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneat, et nemo callidus machinator hujusmodi iniquitatis in posterum inveniatur. (VI. Kal. April. 530.)** Diese Constitution hat das eigenthümliche Schicksal, daß beide Parteien sich zu ihren Gunsten darauf berufen. Bei unbefangener Betrachtung spricht die-

51) Hiermit ist die L. 21. C. *de testam.* (VI. 23.), ursprünglich die Nov. Theod. Tit. XXIII. gemeint.

52) Haloander liest: et testamentum ex hoc dubitabatur, an irritum factum esset. Die obige von Herrmann recipirte Lesart verdient aber den Vorzug, da das Testament, nach den bis dahin geltenden Normen der L. 21. C. *cit.* entschieden nichtig errichtet war.

53) Russard liest sic, und dann weiter unten: remaneant.

selbe indessen so entschieden als möglich für die diesseits vertretene Ansicht. Wir müssen uns nämlich vor allen Dingen die Frage vorlegen: ob vor dieser Constitution das Unterschreiben des Codicilles durch den Erblasser nothwendig war oder nicht? Im Bejahungsfalle enthält die Constitution eine mildernde Aenderung für die Codicille, indem nämlich für den Fall, daß der Erblasser das ganze Codicill eigenhändig geschrieben und in demselben ausdrücklich bemerkt hat, daß es eigenhändig von ihm geschrieben worden sei, die Nothwendigkeit der Unterschrift erlassen wird[54]. Im Verneinungsfalle ist die

54) Man darf nur ja nicht die allgemeine Behauptung aufstellen, daß holographe Testamente und resp. Codicille keiner Unterschrift bedürften, wie dies ungenauer Weise von den meisten der in Note 48. citirten Schriftsteller geschieht, wenn sie nicht gar, wie Bucher, Mühlenbruch und Christiansen die durch L. 28. §. 1. C. *cit.* eingeführte Ausnahme überall nicht erwähnen. Die Unterschrift ist vielmehr nur dann erlassen, wenn in dem holographen Testamente resp. Codicille zugleich bemerkt ist, daß der Erblasser dasselbe eigenhändig geschrieben habe, wie dies bereits von Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. a. S. 415. in v. Vangerow's Leitfaden 2ter Th. S. 149. bei v. Holzschuher Note 48. *cit.* S. 566. zu Fr. 2. und Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Bd. S. 379. Note 10. ganz richtig bemerkt worden ist. — Streiten könnte man nur über die Form dieser Bemerkung. Genügt es nämlich, wenn der Testator sagt: „In diesem meinen eigenhändig geschriebenen Testamente ernenne ich zu Erben u. s. w.", ohne an irgend einer Stelle seinen eigenen Namen in das Testament hineinzusetzen, so daß man diesen aus der Urkunde selbst nicht erfährt, oder muß der Name des Testators aus dem Testamente selbst ersichtlich sein, wie z. B. in dem in L. 88. §. 17. D. *de leg. II.* be-

Erwähnung der Codicille überflüssig, indem dann ein von dem Erblasser eigenhändig geschriebenes, und mit der obigen Bemerkung, aber nicht mit der Unterschrift desselben versehenes Codicill nicht kraft dieser Constitution, sondern kraft der allgemeinen Vorschrift über die Form der Codicille, nach welcher die Unterschrift des Erblassers entbehrlich sei, zu Recht bestände. Legen wir uns daher nun die weitere Frage vor: ob die Worte der Constitution darauf hindeuten, daß Justinian auch für die Codicille eine Neuerung beabsichtigt habe oder nicht, so kann diese Frage gar nicht anders als bejahet werden. Denn Justinian vergleicht nicht etwa, wie die Gegner sich so gern überreden möchten, ein mit der obigen Bemerkung versehenes Testament mit einem derartigen, schon kraft allgemeiner Rechtsregel keiner Unterschrift bedürfenden Codicille, sondern er disponirt über Testament und Codicill im coordinirten Verhältnisse; die Worte lauten ausdrücklich: sancimus: si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit . . . et sit testamentum validum et codicillus, si quinque testium literae testatoris scripturae coadunentur, in sua firmitate remaneat. Justinian schafft hier in den Dispositivworten augenscheinlich eine Neuerung sowohl für die Testamente wie

findlichen Formulare: Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi u. s. w. verglichen mit Suetonius in Nerone Cap. 17. „cautum ut in testamentis primae duae cerae, testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur." Den Worten unserer L. 28. §. 1. C. *cit.* wäre wohl schon durch das Erstere genügt. Allein als Cautel möchte die Aufnahme des Namens in das Testament stets zu empfehlen sein.

für die Codicille[55]). Der von Roßhirt a. a. O. S. 29. aufgestellte Einwand, daß die Constitution nur von holographen Codicillen rede, und Justinian daher über allographe Codicille weder etwas bestimmt habe, noch etwas habe bestimmen wollen, fällt hiernach von selbst zusammen, indem die grammatische und logische Interpretation der Constitution zu dem Resultate führt, daß Justinian nur so reden konnte, wie er geredet hat, wenn in der damaligen Gesetzgebung der Rechtssatz bestand, daß bei Testamenten und Codicillen gleichmäßig die Unterschrift des Erblassers erforderlich sei.

Die Richtigkeit der diesseitigen Behauptung wird auch noch durch eine Vergleichung unseres §. 1. der L. 28. C. *cit.* mit dem in §. 1513. b. (S. 6. fgg.) erläuterten Principium derselben bestätigt. Wie dort Justinian hinsichtlich der Einheit der Handlung über Testament und Codicill in coordinirtem Verhältnisse disponirt, was noch Niemand bestritten hat, („sancimus in tempore quo testamentum conditur vel codicillus nascitur" etc.) in derselben Fassung geschieht dies in §. 1. hinsichtlich der Unterschrift bei holographen Testamenten und Codicillen („sancimus si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit" etc.), und es sollte daher billigerweise nicht davon die Rede sein, daß Justinian in der letzten Stelle das Codicill nur vergleichungsweise anführe. Ja beide Stellen haben auch darin die nämliche Gliederung, daß im Eingange zuerst nur von Testamenten geredet, und erst in den Dispositivworten Testament und Codicill neben einander aufgeführt werden.

55) In den Einleitungsworten der Constitution ist allein das Testament hervorgehoben, aber offenbar nur deshalb, weil gerade ein auf ein holographes Testament sich beziehender Rechtsfall dem Kaiser die Veranlassung zu dieser Constitution gegeben hatte.

Die Gegenpartei hat sich nun außerdem noch auf folgende Gründe berufen:

1) In L. 6. §. 1. und 2. D. *h. t.*[56]) werde die Unterschrift des Codicillanten ausdrücklich für nicht nothwendig erklärt, und zwar selbst dann, wenn derselbe früher vorgeschrieben habe, daß die späteren Codicille nur gelten sollten, wenn sie von ihm eigenhändig geschrieben seien. Diese Pandektenfragmente sind indessen nur ein Ausfluß des früheren Grundsatzes der Formlosigkeit der Codicille, und daher durch das neuere Constitutionenrecht beseitigt, wie man am deutlichsten daraus abnehmen kann, daß nach diesen Stellen auch nicht einmal Zeugen erforderlich wären.

2) In der die Form der Codicille festsetzenden L. 8. §. 3. C. *h. t.* sei die Unterschrift des Codicillanten nicht unter den nothwendigen Erfordernissen der Codicille mit aufgeführt. Hiergegen ist nun geltend zu machen, daß die L. 8. §. 3. C. *cit.* keineswegs das einzige Gesetz über die Form der Codicille ist, daß die letztere vielmehr aus der L. 8. §. 3. C. *cit.* und der L. 28. C. *de testam.* construirt werden muß, und daß wir aus der L. 28. C. *cit.* gerade den Rechtssatz über die Nothwendigkeit der Unterschrift des Codicillanten als einen in der Justinianeischen Legislation existirenden kennen lernen, obgleich er in der L. 8. §. 3. C. *cit.* nicht ausdrücklich aufgeführt ist[57]). Die Nicht-Erwähnung der Unterschrift in L. 8. §. 3. C. *cit.* berechtigt aber um so weniger zu der Annahme, daß in diesem Punkte eine Verschiedenheit zwischen Testamenten und Codicillen Statt finden solle, da zur Zeit des Erlasses dieser Constitution im J. 424. die Unterschrift des Erblassers

56) Ueber diese Stellen vergleiche §. 1511. b. S. 217. und §. 1512. S. 340. fgg.

57) Danz a. a. O. S. 244.

noch nicht einmal zu den nothwendigen Erfordernissen eines Testamentes gehörte[58]. Wir müssen uns statt dessen vielmehr an den darin aufgestellten Grundsatz der Identität der Form der Testamente und der Codicille halten, und denselben auf die späteren Aenderungen der Testamentsform zur Anwendung bringen, wie dies Justinian in der besprochenen L. 28. §. 1. C. *cit.* gerade selbst gethan hat. Denn wenn er auch bei der Redaction der L. 8. §. 3. C. *cit.* Testament und Codicill in Gegensatz gestellt hat, so ist dies doch nur wegen der geringeren Zahl der Zeugen, keineswegs aber in der Absicht geschehen, den in der Originalconstitution zu Grunde liegenden Parallelismus zwischen Testament und Codicill in den übrigen Punkten aufzuheben, wie in §. 1512. a. genauer nachgewiesen worden ist.

3) Wenn endlich einige Juristen sich auch noch auf die Worte des §. 3. J. *h. t.* (codicilli) nullam solem-

58) Hierauf hat schon Marezoll a. a. O. S. 165. aufmerksam gemacht. Die erste sichere Spur der Nothwendigkeit der Unterschrift des Erblassers treffen wir in der L. 21. pr. C. *de testam.* vom J. 439. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts S. 295. fgg. will diese Nothwendigkeit freilich schon auf Constantin zurückführen. Seine Gründe sind indessen nicht überzeugend. Denn nach §. 3. J. *de testam. ordin.* verdankt die subscriptio testatoris freilich einer sacra constitutio ihren Ursprung; allein damit kann recht wohl die L. 21. C. *cit.* gemeint sein, und wenn der Bischof Gregorius von Nazianz im J. 389. sein Testament in Gegenwart der Zeugen unterschrieben hat, so folgt daraus gerade eben so wenig die Nothwendigkeit dieser Unterschrift, wie aus der in L. 40. §. 3. D. *de statuliberis* (XL. 7.) erwähnten subscriptio des Erblassers.

nitatem ordinationis desiderant berufen haben, so braucht zur Widerlegung dieser Begründung nur auf die Ausführungen in §. 1512. a. S. 403—411. verwiesen zu werden.

Nach den bisher entwickelten Grundsätzen muß nun natürlich die Unterschrift des Codicillanten sich ganz nach der Unterschrift bei den Testamenten richten. Das Codicill muß daher von dem Erblasser in Gegenwart sämmtlicher Zeugen unterschrieben werden[59]), und zwar noch bevor die Zeugen selbst unterschreiben[60]). Merkwürdigerweise ist der erstere dieser Punkte in einem in den Seuffert und Glück'schen Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern 3ter Bd. S. 140. fgg. mitgetheilten Erkenntnisse eines Bayerischen Appellationsgerichtes vom 1sten März 1836. in Abrede gestellt. Hiernach soll es genügen, wenn der Erblasser das bereits früher von ihm ge- resp. unterschriebene Codicill von den Zeugen habe solennisiren lassen, indem die Praxis rücksichtlich der über die Form der letzten Willen bestehenden mannigfachen Controversen als leitenden Grundsatz festhalten müsse, daß die Nicht-Beobachtung einer Form, von welcher nicht mit absoluter Gewißheit feststehe, daß sie in dem geltenden Rechte erfordert werde, für unschädlich zu achten sei[61]). Die für Testamente geltende Vorschrift, daß

59) arg. L. 21. pr. C. *de testam.* (VI. 23.) Notariats-Ordnung K. Maximilian I. vom Jahre 1512. Tit. von Testamenten §. 7.

60) Denn diese Reihenfolge ist ausdrücklich für das Testament festgesetzt. Siehe Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 466—468.

61) In der Note 4. zu diesem Aufsatze ist außerdem noch bemerkt, daß man diesen Grundsatz insbesondere vor Augen haben müsse, wenn es sich von Anwendung der Resultate neuerer, etwa unter Benutzung neu entdeckter

die Unterschrift des Erblassers im Acte der Errichtung selbst und in Gegenwart der Zeugen beigesetzt werden müsse, sei aber auf Codicille nicht ausgedehnt, indem die unitas actus, soweit sie auch für letztere geboten sei, nach den Worten der L. 8. §. 3. C. *h. t.* testes . . in uno eodemque tempore debent adhiberi eine ganz andere Bedeutung habe. — Diese Entscheidung ist indessen entschieden unrichtig. Zuerst widerspricht schon die letztere Behauptung, daß die unitas actus bei Codicillen eine ganz andere Bedeutung als bei Testamenten habe, der von dem Appellationsgerichte ganz ignorirten L. 28. pr. C. *de testam.* (S. 6. fgg.), aus welcher sich die vollständigste Identität der unitas actus bei diesen beiden Arten der letzten Willenserklärungen ergiebt. Sodann wird aber auch in der vom Appellationsgerichte selbst citirten L. 28. §. 1. C. *eod.* (S. 23.) Testament und Codicill hinsichtlich der subscriptio des Erblassers ganz gleichmäßig behandelt. Wir sehen aus dem Umstande, daß Justinian in dem Eingange seiner Constitution eine theilweise Aenderung der L. 21. pr. C. *de testam.* ankündigt und in den Dispositivworten diese Aenderung sowohl für Testamente wie für Codicille vornimmt, ganz klar, daß er von der Voraussetzung ausgeht, daß die Formvorschriften

Quellen angestellter Untersuchungen z. B. der Abhandlung von Danz über die Form der Codicille handle. — Dies wäre ganz richtig, wenn es sich hier um einen Rechtssatz handelte, der den Justinianeischen Rechtsquellen völlig fremd wäre. Allein aus den einzelnen Bestimmungen des Justinianeischen Rechtes das dabei zu Grunde liegende, nur nicht mit ausdrücklichen Worten ausgesprochene Princip zu entwickeln ist eine wissenschaftliche Operation, vor welcher auch die Praxis, wenn sie auf den Namen einer wissenschaftlichen Anspruch machen will, nicht zurückschrecken darf.

der L. 21. pr. C. *cit.* auch auf die Codicille zur Anwendung zu bringen seien. Was aber den von dem Appellationsgerichte für die Praxis aufgestellten leitenden Grundsatz betrifft, so ist derselbe keineswegs, wie das Gericht zu meinen scheint, ein den Formvorschriften eigenthümlicher Grundsatz: denn der Richter darf überhaupt keinen Rechtssatz zur Anwendung bringen, von dessen Existenz er nicht überzeugt ist. Eine absolute Gewißheit wird aber nicht bloß durch den dürren Buchstaben des Gesetzes, sondern auch durch die wissenschaftliche Behandlung und Verarbeitung des durch Gesetzgebung und Gewohnheitsrecht gelieferten Materials hergestellt. Dieser sich auch auf Formvorschriften erstreckenden wissenschaftlichen Thätigkeit hat sich auch das Appellationsgericht selbst nicht zu entziehen vermocht. Denn der von ihm adoptirte Grundsatz, daß der Erblasser das Codicill zu unterschreiben habe, ist in keinem Gesetze mit dürren Worten ausgesprochen: er ist vielmehr erst ein Product der Wissenschaft.

Die Beifügung des Datums zu der Unterschrift ist dagegen eben so wenig erforderlich[62]), wie eine Besiegelung durch den Codicillanten[63]), wenn auch beides in der römischen Praxis vielleicht eben so häufig vorgekommen sein mag[64]), wie bei uns[65]).

62) Ueber das Datum beim Testamente vergl. Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1416. S. 468—475.

63) Vgl. ebenfalls Glück a. a. O. §. 1415. a. S. 416.

64) Vgl. die Bemerkungen von Glück a. a. O. §. 1416. S. 473., und das Codicill bei Orelli Inscriptionum latinar. collect. T. II. Nr. 4359., so wie die in §. 1512. S. 341. fg. enthaltenen Ausführungen über die Apertur der Codicille.

65) Wer nur einen flüchtigen Blick in unser heutiges Geschäftsleben wirft, wird sehr bald die Erfahrung machen,

B. Ueber die Function der Zeugen bei dem schriftlichen Codicille enthält die im Justinianeischen Codex befindliche Redaction der Theodosischen Verordnung die in letzterer nicht vorkommenden Worte: **testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus**[66]. Die Zeugen haben hiernach das Codicill unstreitig zu unterschreiben. Diese Unterschrift muß sodann nach den bisherigen Ausführungen, ganz wie bei dem Testamente, in Gegenwart des Erblassers und der sämmtlichen übrigen Zeugen, und zwar nach erfolgter Unterschrift des Erblassers vorgenommen werden[67]. Sie kann im Innern der Codicillarurkunde selbst, oder auf dem Umschlage[68], mit oder ohne Datum[69] beigefügt werden.

Nach der herrschenden Ansicht besteht aber allerdings ein wichtiger Unterschied zwischen den Functionen der Testaments- und der Codicillarzeugen. Die letzteren sollen nämlich nicht nöthig haben, zu ihrer Unterschrift auch ein Siegel hinzuzufügen[70]. Diese Ansicht wird einzig

daß Urkunden von den Parteien ziemlich häufig mit einem Siegel versehen werden, wo die Hinzufügung desselben durch eine Formvorschrift überall nicht geboten ist.

66) L. 8. §. 3. C. *h. t.*

67) Ueber die einschlagenden Verhältnisse beim Testamente s. Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 419—468.

68) Siehe Glück a. a. O. S. 462. fgg.

69) Daß das Datum nicht hinzugefügt zu werden brauche, ist auch mit Recht in dem auf S. 29. erwähnten Urtheile (in Seuffert und Glücks Blättern für Rechtsanwendung 3ter Bd. S. 141. Nr. 2.) anerkannt.

70) Ueber den Act der Siegelung im römischen Rechte sind aus der neueren Literatur noch hinzuzufügen: Huschke über die in Siebenbürgen gefundenen lateinischen Wachs-

und allein darauf gestützt, daß Justinian in den obigen Worten bei den Codicillen nur die Unterschrift der Zeugen, nicht aber auch ihre Siegel verlange. So verbreitet indessen diese Ansicht auch genannt werden muß[71]), so kann sie doch aus folgenden Gründen nicht als richtig anerkannt werden.

1) Die Worte: „subnotationem suam accommodantibus" sind dieser Ansicht entschieden ungünstig. Vergleichen wir nämlich damit die Worte des Paulus[72]): Singulos testes, qui in testamento adhibentur, proprio chirographo adnotare convenit, quis et cujus testamentum signaverit, so ist, zumal bei der sonstigen Gleichheit zwischen Testamenten und Codicillen, die Annahme eben so einfach als natürlich, unter der subnotatio in unserer Stelle dasselbe zu verstehen, was in dem citirten Fragmente von Paulus adnotare

tafeln, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. XII. Abh. 5. Puchta Cursus der Institutionen 3ter Bd. §. 306. Note m. und daselbst Rudorffs Bemerkungen. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts S. 279—285. und S. 269. fg.

71) *Rein.* Bachovius in seinem Institutionencommentare ad §. 3. J. *h. t.* s. v. nullam solemnitatem sagt zwar: Et Doctores communiter requirunt etiam (ita enim accipiunt d. l. ult. C. *h. t.*) sigilla. Ich habe indessen diese Behauptung nicht begründet gefunden. Bachovius selbst ist allerdings der im Texte vertheidigten Ansicht. Von den Neueren kann ich nur Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze 2ter Th. 6te Hauptabtheil. 4tes Hauptstück §. 11. für die diesseitige Ansicht anführen. Von einer näheren Begründung dieser Ansicht ist übrigens bei beiden Schriftstellern keine Rede.

72) L. 30. D. *qui testam. facere* (XXVIII. 1.)

genannt wird, also einen Act, welcher geradezu das Siegeln voraussetzt. Wir werden zu dieser Annahme um so mehr gezwungen, da das Wort subnotare niemals als gleichbedeutend mit subscribere gebraucht wird, indem es in dem hier in Frage stehenden Sinne immer nur bedeutet: eine Bemerkung unter eine Urkunde setzen[73]. Da nun der Kaiser nicht genauer angiebt, welche Bemerkung er im Sinne habe, so kann damit offenbar keine

73) Subnotare bedeutet: 1) etwas unter einer Urkunde bemerken. So heißt es in L. 22. pr. C. Th. *de curs. publ.* (V. 8.) eine Urkunde congrua subnotatione dimittere d. h. mit der entsprechenden Bemerkung zurückgeben. So schrieben die Prätoren und die Kaiser unter die Gesuche der Parteien ihre Entscheidung „subnotat libello" bei Plinius Epist. Lib. I. ep. 10. und „subnotet sua manu quod volet" wird in den Vatic. Fragm. §. 163. hinsichtlich einer eine potioris nominatio enthaltenden, dem Prätor überreichten Urkunde, gesagt. Vgl. noch Nov. Theod. II. Tit. II. de confirm. leg. novell. §. 1. (Haenel p. 6.) L. 6. C. *de div. rescript.* (I. 23.) wo von subnotatio subscriptionis nostrae geredet wird, was doch offenbar nicht subscriptio subscriptionis nostrae bedeuten soll; 2) sich schriftlich etwas bemerken, aufzeichnen Suetonius in Caligula Cap. 41. (nomina d. h. die Namen der das kaiserliche Bordell besuchenden Personen aufzeichnen.) L. 15. pr. D. *de reb. auct. jud.* (XLII. 5.) 3) überhaupt: sich etwas merken. — Auf den Unterschied zwischen subscribere und subnotare hat schon *Jac.* Gutherius de officiis domus Augustae (Paris. 1628.) Lib. 1. Cap. 35. p. 170. aufmerksam gemacht, indem er subnotare durch brevibus verbis aliquid scribere erklärt. Unsere juristischen Wörterbücher liefern keine befriedigende Entwickelung dieser verschiedenen Bedeutungen des Wortes subnotare.

andere als die damals allgemein bekannte mit dem Siegeln verbundene gewöhnliche Bemerkung der Testamentszeugen, wie sie uns aus der obigen Stelle des Paulus bekannt ist, gemeint sein[74]), indem natürlich nur statt des Ausdruckes Testament das Wort Codicill zu setzen war[75]).

74) Der diesseitigen Auffassung kommt am nächsten die Darstellung des *H.* Donellus Comment. jur. civ. Lib. 7. Cap. 19. nr. 7., welchem *Nic.* Reusner Tract. de codicill. Cap. 10. nr. 15. *A.* Struv. Syntagm. jur. Exerc. XXXIV. Th. 58. i. f. und Danz a. a. O. S. 240. (wie es scheint, ohne seine Vorgänger gekannt zu haben) gefolgt sind. Diese verlangen nämlich, gleichfalls gestützt auf den Ausdruck subnotatio, daß die Unterschrift mit dem Zusatze: wessen Codicill der Zeuge als solcher unterschrieben habe, versehen werden müsse (vgl. Note 75.). Allein dann wäre die subnotatio bei den Codicillen doch keine zu dem Siegel hinzugefügte Bemerkung. Eine solche wesentliche Verschiedenheit von der subnotatio bei den Testamenten dürfen wir aber nicht annehmen, weil der Gesetzgeber sie nicht im Entferntesten angedeutet hat. Vollkommen consequent hat daher Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Bd. S. 680. Note 64. die Nothwendigkeit eines Zusatzes bei der Unterschrift geläugnet, weil keine Versiegelung vorkomme. Hätte Witte nur genauer auf die grammatische Bedeutung des Wortes subnotare geachtet, so wäre er gewiß auch zu dem Schlusse gekommen: daß der bei der Unterschrift verlangte Zusatz mit dem bei den Testamenten nothwendigen Zusatze übereinstimmen müsse.

75) Nach unserer heutigen Praxis ist übrigens ein solcher Zusatz weder bei Codicillen noch bei Testamenten nothwendig. Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 424. Note 19. Vgl. auch Oesterley das deutsche Notariat 2ter Th. (Hannover 1845.) S. 533. Note 30., und die Bemerkung in §. 1513. d. bei Note 19.

2) Dieser angebliche Unterschied ist in der Originalconstitution der L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* (§. 1512. a. S. 393.) noch nicht enthalten. Nach der Fassung dieser letzteren: **nisi aut septem aut quinque . . possint jure testimonium perhibere** muß vielmehr die Pflicht des Siegelns die Testaments- wie die Codicillarzeugen gleichmäßig treffen, was um so weniger auffallen kann, da die Sitte des Versiegelns der Codicille schon im älteren Rechte vorkommt[76]. Wollte nun Justinian hierin eine Aenderung treffen, so mußte er erklären, daß in Zukunft die Codicillarzeugen nicht zu siegeln brauchten. Dies hat er aber nicht gethan; er bedient sich vielmehr in dem Schlußsatze solcher Ausdrücke, welche gerade umgekehrt auf das Siegeln hinweisen[77].

3) Die Nothwendigkeit des Siegelns durch die Codicillarzeugen ist auch bei dem Codicille eines Blinden mit ausdrücklichen Worten anerkannt in L. 8. §. 1. C. *qui testam. facere* (VI. 22.) „**patebit eis licentia voluntatem suam, sive in testamenti, sive in codicilli tenore compositam, cui velint, scribendam credere, ut in eodem postea convocatis testibus et tabulario . . et in fine subscriptio sequatur testium nec non omnium signacula tam testium, prout dictum est, quam tabularii.** Man kann dies nun entweder als eine Singularität bei dem Blindencodicille, oder als die einfache Uebertragung der gewöhnlichen Codicillarform auf das Blindencodicill betrachten. Singularitäten sind indessen nicht ohne Noth anzunehmen. Eine wirkliche Nothwendigkeit liegt aber aus den angeführten Gründen

76) Siehe den 44sten Th. des Commentars §. 1512. S. 341.

77) Ich will hier nicht einmal darauf Gewicht legen, daß Justinian seine Aenderungen gewöhnlich pomphaft anzukündigen pflegt.

nicht vor; folglich haben wir es hier nur mit der Anwendung eines allgemeinen Principes zu thun.

4) Hätte Justinian aber auch den Ausdruck subscribere gebraucht, so würde daraus doch noch nicht mit Nothwendigkeit auf einen Erlaß des Siegelns zu schließen sein. Denn auch bei Testamenten, wo Unterschrift und Siegel unzertrennlich verbunden sind, wird sehr häufig nur das eine dieser Momente genannt, und das andere, als etwas sich von selbst verstehendes, der stillschweigenden Ergänzung des Lesers überlassen. So wird z. B. bei der **bonorum possessio secundum tabulas** immer nur von einem **testamentum septem testium signis signatum** geredet[78], während entschieden die Hinzufügung des Namens des Zeugen eben so nothwendig war[79]. Umgekehrt spricht der Kaiser Valentinian der Dritte von einem **testamentum septem testium subscriptionibus roboratum**[80] und schweigt von den Siegeln, wie dies gerade in der späteren Zeit häufiger geschieht[81]. Ja selbst Justinian verlangt bei dem s. g. **testamentum ruri conditum** nur die Unterschrift der Zeugen, und setzt die Besiegelung derselben als etwas sich von selbst verstehendes voraus[82]. Die Testamentszeugen wurden daher abwechselnd **signatores** oder **subscriptores** genannt[83]. Da nun nach Nr. 2. die Codicillarzeugen

78) Vgl. z. B. GAJI Inst. Lib. II. §. 119. §. 147. ULPIANI Fragm. Tit. XXVIII. §. 6. L. 23. D. *qui testam. facere* (XXVIII. 1.) L. 7. L. 9. D. *de b. p. s. t.* (XXXVII. 11.)

79) L. 22. §. 4. D. *qui testam. facere* (XXVIII. 1.)

80) Die bei Note 42. citirte Nov. Valentin. III. §. 3. u. 4.

81) Siehe den 44sten Th. des Comment. §. 1512. S. 375.

82) Vgl. den 42sten Th. des Comment. §. 1484. S. 251.

83) Siehe den 34sten Th. des Comment. §. 1415. b. S. 424. Note 19.

noch zu Justinians Zeiten zu untersiegeln hatten, so kann auch in unserer Stelle, in Gemäßheit des eben nachgewiesenen Sprachgebrauches, die Unterschrift der Zeugen sehr wohl allein erwähnt sein, ohne daß damit die Absicht verbunden war, das Siegeln für die Zukunft zu erlassen.

5) Endlich war auch unsere **L. 8. §. 3. C.** *h. t.* überhaupt gar nicht dazu bestimmt, die bei den Codicillen zu beobachtenden Formalitäten sämmtlich ganz genau und im Detail anzugeben, wie wir dies bereits mehrfach, und namentlich hinsichtlich der Unterschrift des Codicillanten (S. 27.) haben kennen lernen. Aus dem bloßen Stillschweigen könnte daher selbst dann kein gültiger Schluß abgeleitet werden, wenn es auch gänzlich an den bisher geltend gemachten positiven Gründen mangelte.

Gegen die bisher vertheidigte Ansicht läßt sich aber allerdings der Einwand erheben, daß darnach der Schlußsatz: **testibus videlicet quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus** als überflüssig hätte wegbleiben können. Allein die Justinianeischen Constitutionen sind ja in keine solche scharfe und prägnante Fassung eingekleidet, wie wir sie von dem modernen Gesetzgeber verlangen. Der Deutlichkeit und Ausführlichkeit halber fügt Justinian unendlich oft etwas hinzu, was unbeschadet des Wesens der Sache hätte fortbleiben können. So z. B. trifft gerade in unserer Constitution dieser Einwand gar nicht allein unsern Schlußsatz. Schon die voraufgehenden Worte: **sive in scriptis sive sine scriptis voluntas conficiatur**, sind vollkommen überflüssig, da bereits im Anfange von **omnis ultima voluntas** gesprochen war. Diese Breite der Darstellung läßt sich in dem vorliegenden Falle aber auch recht gut historisch erklären. Der mit den Worten **videlicet** beginnende Schlußsatz der Originalconstitution konnte

nämlich nicht wohl aufgenommen werden, weil eine ausdrückliche Aufhebung der von Justinian gar nicht recipirten Constitutionen am unrechten Orte gewesen wäre [84]). Sollte nun die Constitution, wegen der Auslassung dieses Schlußsatzes, nicht übermäßig kurz ausfallen, so mußte noch irgend etwas sich von selbst Verstehendes an die Stelle gesetzt werden, wie dies auch in anderen Fällen geschehen ist [85]).

Auf diese Weise reducirt sich nun der Unterschied zwischen Testament und Codicillen einzig und allein auf die Zahl der Zeugen. Das in §. 1512. a. S. 399. vorläufig in negativer Fassung aufgestellte Princip: die Form der Codicille ist gleich der Form der Testamente, soweit nicht eine Abweichung besonders festgesetzt worden ist, läßt sich daher nunmehr positiv so ausdrücken: die Form der Codicille ist gleich der Form der Testamente, nur daß bei dem solennen Privatcodicille 5 Zeugen hinreichen.

Mit diesem Resultate ist auch schließlich die Notariats-Ordnung vom J. 1512. ganz und gar in Uebereinstimmung, indem die Reduction der Zahl der Zeugen angeführt, aber nirgends ein Unterschied in der Besiegelung zwischen Testamenten und Codicillen ausgesprochen oder angedeutet wird [86]).

Bei der Verbreitetheit der jenseitigen Ansicht wird sich übrigens gewiß an manchen Orten ein Gewohnheitsrecht für die Befreiung der Codicille von der Besiegelung durch die Zeugen gebildet haben.

84) Ueber diesen Schlußsatz vgl. §. 1512. S. 385. Note 22. und §. 1512. a. S. 394. S. 396. fg.

85) Ein ganz gleiches Verfahren der Compilatoren werden wir in §. 1513. d. Note 99. kennen lernen.

86) Die genauere Analyse der Notariats-Ordnung siehe in §. 1512. a. S. 415—418.

§. 1513. d.

Streitfragen über die Beweislast, wenn das Codicill wegen Mangel eines der nothwendigen formellen Erfordernisse als nichtig angefochten wird[87]).

Wenn das Codicill wegen der Nicht-Beobachtung oder wegen des Nicht-Vorhandenseins eines oder mehrerer der bisher geschilderten nothwendigen formellen Erfordernisse als nichtig angefochten wird, so kann die Frage über die Beweislast von großer Wichtigkeit werden. Das Codicill steht natürlich auch in dieser Beziehung mit dem Testamente auf einer Linie, und beide stehen unter den gewöhnlichen Grundsätzen über die Beweislast. Die Anwendung dieser Grundsätze ist aber eigenthümlichen Schwierigkeiten unterworfen, weil wir es hier mit der complicirtesten Form zu thun haben, welche überhaupt in unserem gemeinen Rechte vorkommt. Gehen wir nun davon aus, daß der aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse klagende Beweisführer nur das Thatsächliche in seiner unmittelbaren äußeren Erscheinung, so viel als davon wesentlich erfordert wird, um das Rechtsverhältniß zu begründen, zu erweisen hat, ohne daß zugleich die innere Beziehung der Personen zu den Thatsachen, oder die Abwesenheit von besonderen äußern Umständen, welche die regelmäßige Entstehung des Rechtsverhältnisses hätten

87) In Beziehung auf Testamente ist dieser Punkt genauer behandelt in: Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel 4ter Th. (Cassel 1846.) Nr. XXIV. S. 258—263, verglichen mit den S. 265—282 mitgetheilten Rechtsfällen. — Ueber die Beweislast hinsichtlich der Rogation der Zeugen vgl. auch Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1413. S. 289—291.

verhindern können, nachgewiesen zu werden braucht[88]), so ist

A. bei dem **mündlichen** Testamente resp. Codicille die Erklärung des letzten Willens, Erbeinsetzung, Vermächtniß u. s. w. vor 7. resp. 5. rogirten männlichen Zeugen der in der äußeren Erscheinung unmittelbar hervortretende nothwendige Bestandtheil desselben. Wer sich auf ein mündliches Testament oder Codicill beruft, hat daher diese Thatsachen zu behaupten[89]) und im Läugnungsfalle zu beweisen. Alle übrigen Behauptungen dagegen, mit welchen das Testament als von Anfang an nichtig angefochten wird, gehören zum directen Gegenbeweise[90]). Entsteht daher Streit über die Gültigkeit einer letzten Willenserklärung wegen Unfähigkeit eines Zeugen, oder wegen Unterbrechung der Einheit der Handlung u. s. w. so hat der angreifende Theil seine Behauptung durch Angabe specieller Thatsachen gehörig zu substantiiren und resp. zu beweisen. Ganz richtig ist daher

88) Ich habe hier die von Heffter in dessen Zusätzen zu der 2ten Ausgabe von A. D. Weber's Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproceß (Halle 1832.) S. 275. gewählte Fassung, als die geeignetste beibehalten.

89) Strippelmann a. a. O. S. 258. Note 91. — Nach dieser Note gewinnt es aber fast den Anschein, als ob das Oberappellationsgericht auch die Angabe des Ortes und der Zeit der Errichtung des Testamentes sofort in dem ersten Satze, in welchem eine Partei sich auf ein mündliches Testament berufe, für nothwendig erachtet.

90) Es ist dies ein directer Gegenbeweis, weil dadurch der Klage- oder Exceptionsgrund des Gegners, die Existenz eines gültigen Testamentes, als von Anfang an unwahr bestritten wird.

vom Oberappellationsgerichte in Cassel ein Beweisinterlocut bestätigt, durch welches den auf Herausgabe der Erbschaft klagenden Intestaterben, welche replicando das gegen sie geltend gemachte mündliche Testament deshalb angriffen, weil einer der Zeugen zur Zeit der Testamentserrichtung dergestalt an Schwerhörigkeit gelitten hätte, daß er außer Stande gewesen sei, die Worte des Testators zu verstehen, der Beweis dieses Umstandes auferlegt war[91]). Eben so wurde in einem ähnlichen Falle die von den klagenden Intestaterben vorgebrachte Behauptung, daß der in dem mündlichen Testamente eingesetzte und bei dem Testamentsacte anwesend gewesene Universalerbe die Zeugen mit Branntwein bewirthet habe, nur deshalb verworfen, und den Klägern nicht zum Beweise verstellt, weil nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit behauptet war; daß diese Bewirthung gerade während des eigentlichen Testiractes vorgenommen worden sei[92]).

B. Verwickelter und bestrittener sind die Verhältnisse bei dem schriftlichen Testamente resp. Codicille. Wird ein solches in einem Processe producirt, so kann darüber kein Zweifel obwalten, daß dasselbe, obgleich es zu den instrumentis quasi publicis gerechnet werden muß[93]), doch der Recognition bedarf, indem die letztere

91) Strippelmann a. a. O. S. 274.

92) Strippelmann a. a. O. S. 277.

93) Gensler im Archiv für die civilistische Praxis 2ter Bd. S. 323. fgg. Auch Brinkmann wissenschaftlich-praktische Rechtskunde 1ster Bd. (Schleswig 1831.) Nr. 51. S. 294. führt den Grundsatz aus, daß das feierliche (das s. g. solenne Privat-) Testament in doppelter Beziehung, nämlich hinsichtlich der Glaubwürdigkeit, und des Eigenthums oder der Angehörigkeit öffentlich sei.

nur bei öffentlichen Urkunden nicht erforderlich ist[94]). Der Producent hat daher nöthigenfalls den Beweis der Aechtheit der Unterschrift des Erblassers und der Zeugen zu führen. Dies ist zum Ueberflusse noch ausdrücklich durch die Reception der L. 2. pr. C. Th. *h. t.*[95]), welche wir mit einigen Zusätzen als L. 24. C. J. *ad legem Corneliam de falsis* (IX. 22.) wiederfinden, anerkannt. Diese Constitution des Theodosius[96]) vom J. 389. lautet in Justinians Codex folgendermaaßen: **Praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolatis codicillis[97]) vel aliis instrumentis[98]) requiratur, et incumbat probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam obtulerit, deinde ei qui stricta instantia falsum arguere paratus sit[99]).** Ursprünglich bezog sich dieselbe allerdings nur auf

94) Martin Civilproceß §. 207. Note i der 12ten Ausg. ist der einzige Processualist, welcher bei den s. g. instrumenta quasi publica die (unbeschworene) Recognition von Seiten der Instruments-Zeugen für genügend hält.

95) Ich muß hier auf die in §. 1512. S. 382. fgg. enthaltenen Bemerkungen über diese L. 2. pr. C. Th. verweisen.

96) Siehe §. 1512. S. 382. Note 14.

97) C. Th. prolata epistola. — Die Justinianeischen Compilatoren faßten diese epistola mit Recht als ein Codicill auf. Siehe §. 1512. S. 344.

98) Die Worte: vel aliis instrumentis sind ein Zusatz der Justinianeischen Compilatoren.

99) Der Satz von deinde — paratus sit ist ein ganz müssiger Zusatz der Compilatoren, offenbar nur hinzugefügt, damit die Constitution nicht übermäßig kurz ausfalle, indem man die Originalworte, aus dem in §. 1512. a. S. 392. angeführten Grunde, nicht reci-

die formlosen testamentarischen Codicille[100]); im Justinianeischen Rechte muß sie aber natürlich auf die Codicille in ihrer damaligen Form bezogen werden, indem sie nicht aus Nachlässigkeit oder bloß zur Kenntniß des antejustinianeischen Rechtes recipirt, sondern zur praktischen Anwendung bestimmt, und gerade deshalb mit Zusätzen von den Compilatoren versehen ist.

Hiermit ist indessen die Sache noch bei weitem nicht erschöpft. Denn die Unterschriften allein bilden ja keineswegs die einzige Solennität des schriftlichen Testamentes. Dasselbe erfordert vielmehr zu seiner äußeren Form, so weit dieselbe nach dem obigen Grundsatze Gegenstand des Beweises sein kann, vier Punkte, nämlich: die Rogation der Zeugen, die Erklärung des Erblassers an die versammelten Zeugen, daß die denselben vorgelegte Urkunde sein Testament resp. Codicill sei; die vor den Zeugen vollzogene Unterschrift des Erblassers, und endlich die durch die einzelnen Zeugen vor dem Erblasser und den sämmtlichen übrigen Zeugen zum Beschlusse des Actes vorgenommene Unterschrift und Besiegelung der Urkunde. Aus der Aechtheit der Unterschriften allein folgt nun an und für sich noch keineswegs, daß alle diese Solennitäten vollständig beobachtet worden sind. Der Erblasser kann z. B. seine wirklich ächte Unterschrift vor oder nach dem Testiracte unter das Testament gesetzt haben; die Zeugen können abgesondert von einander, vielleicht an verschiedenen Tagen, das Testament unterschrieben haben u. s. w. Wie hat nun der Richter, wenn solche Punkte zur Sprache kommen, zu verfahren? Diese Frage ist meistens nicht in der Allgemeinheit, wie hier geschehen,

piren konnte. Auf ein ähnliches Beispiel ist oben S. 39. bei Note 85. aufmerksam gemacht.

100) Siehe §. 1512. S. 382. Note 15.

sondern nur in einzelnen Beziehungen, wie z. B. hinsichtlich der Rogation der Zeugen[1]) u. s. w. aufgeworfen und beantwortet. Diese Isolirung mußte indessen nothwendigerweise nachtheilig einwirken; es war daher, bei der Wichtigkeit der aufgestellten Frage erforderlich, dieselbe hier in ihrem systematischen Zusammenhange vollständig zu erledigen.

Wir können in dieser Beziehung zwei Haupttheorien unterscheiden: Nach der ersten wird die Beobachtung aller oben aufgeführten Solennitäten, sobald ein äußerlich fehlerfreies, als ächt anerkanntes Testament resp. Codicill vorliegt, präsumirt[2]); nach der zweiten dagegen wird der Beweis dieser Punkte verlangt[3]). Für

1) Nur diesen Punkt allein hat Glück im 34sten Th. des Commentars §. 1413. S. 289—291. abgehandelt.

2) *Es.* PUFENDORF Observat. Tom. II. Obs. 144. Für die Präsumtion der Rogation der Zeugen haben sich namentlich erklärt: *Jac.* GOTHOFREDUS in not. ad L. 21. C. *de testam.* (VI. 23.). *M.* GRASSUS Recept. Sent. §. Testam. Qu. 58. *R.* BACHOVIUS ad TREUTLERUM Vol. II. Disp. X. Thes. V. Lit. B. s. v. rogationem probare tenetur. Glück a. a. O. und Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Th. §. 169. S. 377. Note 3. — Auch die in §. 1513. S. 431. Note 18. erwähnten zwei Gutachten können möglicherweise unter dem Einflusse dieser Theorie abgefaßt sein.

3) *Ferd.* VASQUIUS de succession. creat. §. 13. Requis. 8. Nr. 53. sqq. *Arn.* VINNIUS ad §. 3. J. *de testam. ordin.* nr. 6. *Petr.* MÜLLER ad STRUVIUM Exercit. XXXII. Th. 10. not. η. nr. V. p. 649. HOFACKER Princip. juris civ. Tom. II. §. 1262. not. d. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. Kap. X. §. 3. zur 3ten und 6ten Frage S. 800. und mit Rücksicht auf die

die erste Ansicht hat sich Pufendorf a. a. O., bei welchem dieselbe am ausführlichsten abgehandelt wird, auf allgemeine und specielle Gründe berufen. Er geht nämlich davon aus, daß die Gültigkeit eines jeden äußerlich vorgenommenen Rechtsactes präsumirt werden müsse; er beruft sich für die Präsumtion der Rogation der Zeugen insbesondere darauf, daß nicht leicht Jemand ein Testament als Zeuge unterschreiben werde, der nicht rogirt worden sei[4]), und glaubt endlich in der **L. ult. C.** *de edicto D.* **Hadriani** *tollendo* **(VI. 33.)** eine positive Stütze seiner Ansicht gefunden zu haben[5]). Allein eine solche allgemeine Präsumtion, wie Pufendorf annimmt, läßt sich weder aus der Natur der Sache noch aus irgend einer Quelle des gemeinen Rechtes ableiten[6]);

bei Note 18. zu erörternde Frage: **Stryk de cautel. testam. Cap. XV. §. 17. Lauterbach Colleg. theor. pract. ad Tit. qui testam. facere Th. 57. Brunnemann ad L. 21. C.** *de testam.* Nr. 18. Danz a. a. O. S. 241. Note 1. und Strippelmann a. a. O. S. 259. fgg.

4) **Bachovius** a. a. O. macht für diese Präsumtion der Rogation sogar den **favor testamenti** geltend. Uebrigens ist ein Fall, wo ein nicht rogirter Zeuge das Testament unterschrieben hatte, bereits in §. 1513. S. 431. fgg. mitgetheilt.

5) Danz a. a. O. trägt auffallenderweise die Ansicht von Pufendorf und Glück so vor, als wenn dieselbe nur durch die Schwierigkeit des Beweises der geschehenen Rogation motivirt worden sei, während beide Schriftsteller hiervon keine Silbe erwähnen. Eine solche Schwierigkeit liegt auch überdieß nicht einmal vor, da ja bei der Testamentserrichtung 7. Zeugen anwesend sein müssen, durch welche der Producent den Beweis der Rogation leicht führen kann.

6) Siehe A. D. Weber über die Verbindlichkeit zur Be-

die erstere führt vielmehr zu dem Grundsatze, daß, wenn die Gültigkeit eines Rechtsaktes von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig gemacht ist, derjenige, welcher gezwungen wird sich zu seinen Gunsten auf diesen Act zu berufen, auch die Wahrung dieser Form nachzuweisen verbunden ist[7]), und dieser Rechtssatz liegt auch offenbar der Entscheidung der **L. 13. §. 2. D.** *de act. Publ.* **(VI. 2.)** zu Grunde, nach welcher derjenige, welcher von einem Pupillen ein Grundstück gekauft hat, beweisen soll, daß der Kauf mit Auctorität des Vormundes und „lege non prohibente" d. h. nicht wider die bekannte oratio D. SEVERI[8]), also, positiv ausgedrückt,

weisführung VI. §. 31. Note 119. und 120. (S. 196. der 2ten Auflage) Schmid Handbuch des gemeinen Civilprocesses 2ter Bd. §. 123. S. 159. Note 61.

7) Bayer Vorträge über den gemeinen Civilproceß S. 429. (der 7ten Auflage.). Vgl. auch A. D. Weber a. a. O. VI. §. 30—32. und Schmid a. a. O. 2ter Th. §. 123. S. 188. Nr. 3.

8) Die Worte „lege non prohibente" sind übrigens von Tribonian, mit Rücksicht auf die oratio D. SEVERI, eingeschoben, indem Gajus, der Verfasser dieser Stelle, die Regierungszeit des Septimius Severus, wie bei Zimmern römische Rechtsgeschichte 1ster Th. §. 93. S. 342. fgg. genauer nachgewiesen ist, nicht mehr erlebt hat. DITTMAR dissertatio de nomine aetate etc. GAJI (Lips. 1820.) p. 101—104. hat zwar versucht die obigen Worte auf ein von ihm angenommenes, die Satisdation der Vormünder betreffendes Senatusconsult aus Trajans Zeiten zu beziehen. Allein seine Gründe, deren Widerlegung hier freilich zu weit führen würde, sind nicht stichhaltig. — Eine ganz ähnliche Interpolation einer andern Stelle von Gajus, auch gerade mit Rücksicht auf die oratio

kraft eines den Verkauf genehmigenden obrigkeitlichen Decretes [9]), oder kraft einer im Testamente oder Codicille ertheilten Erlaubniß des Erblassers [10]), von welchem der Pupill das fragliche Grundstück erhalten hat, abgeschlossen sei [11]). Die Pufendorf'sche Argumentation erhebt

D. Severi, findet sich in L. 7. pr. D. *quib. mod. pign.* (XX. 6.).

9) Wenn Streit darüber entsteht, ob dem Decrete eine justa causa zu Grunde gelegen habe, so trifft die Beweislast natürlich denjenigen, welcher den Mangel einer solchen, mithin, daß die Obrigkeit pflichtwidrig gehandelt habe, oder getäuscht worden sei, behauptet. L. 1. §. 2. L. 5. §. 15. D. *de rebus eorum, qui sub tutela* (XXVII. 9.). Vgl. Weber a. a. O. S. 199. Note 125. und Glück im 33sten Th. des Comment. §. 1387. S. 59.

10) L. 1. §. 2. D. *de rebus eorum qui sub tutela* (XXVII. 9.).

11) Pufendorf a. a. O. sucht die Entscheidung dieser Stelle als eine Singularität, welche entweder zu Gunsten der Pupillen oder wegen der Schwierigkeit des Beweises einer Negative (d. h. offenbar, wenn der Pupill beweisen sollte, daß kein Decret ertheilt worden sei) festgesetzt wäre, zu beseitigen. — Glück a. a. O. S. 60. fgg. und im 34sten Th. des Comment. §. 1413. S. 290. fgg. behauptet, daß die Stelle deshalb nicht hieher gehöre, weil sie von dem Falle handle, wo der Käufer die gekauften Sachen klagend mit der actio Publiciana von einem dritten Besitzer zurückfordere. Allein die Entscheidung müßte gerade eben so ausfallen, auch wenn der Pupill das Grundstück vindicirte oder mit der actio Publiciana verfolgte, und nun der Käufer gezwungen würde sich als Beklagter auf diesen Kauf zu berufen. — Nicht ganz befriedigend hat sich über dieses Verhältniß geäußert A. D. Weber

ferner, ohne gesetzlichen Anhalt, eine s. g. **praesumtio hominis** zu einer **praesumtio juris.** Denn wenn auch von mehreren äußerlich fehlerfreien Testamenten gewiß die Mehrzahl unter Beobachtung aller Solennitäten errichtet sein wird, so liegt hierin kein juristischer Beweis, daß ein bestimmtes Testament **in concreto** gerade zu dieser Mehrzahl gehören müsse. Der Gesetzgeber kann sich hierdurch veranlaßt finden eine allgemeine Präsumtion für die Gültigkeit solcher äußerlich fehlerfreier Testamente aufzustellen[12]; allein der Richter darf ohne Gesetz auf solche einfache Wahrscheinlichkeiten keine Rücksicht nehmen. So bleibt denn als die eigentliche Stütze[13] der bisher bekämpften Ansicht nur die **L. ult. C.** *de edicto D. Hadriani tollendo* **(VI. 33.)** übrig. Der dispositive Inhalt derselben geht bekanntlich dahin, daß der in einem äußerlich fehlerfreien Testamente eingesetzte Erbe, auf Vorzeigung desselben, einstweilen in den Besitz derjenigen Sachen gesetzt wird, welche bei dem Tode des Erblassers zu dessen Vermögen gehört haben, und von dem jetzigen Inhaber nicht kraft eines singulären Titels

a. a. O. S. 198. fgg., welchem Glück im 33sten Th. des Comment. §. 1387. S. 56. fgg. gefolgt ist.

12) Dies ist z. B. theilweise durch eine Königl. Hannöversche Verordnung vom 29sten Oktober 1822. (in der Gesetzsammlung vom Jahre 1822. 1ste Abth. S. 385. fgg. Nr. 5.) geschehen, nach welcher die Rogation der Zeugen bei dem mündlichen Testamente stets, bei dem schriftlichen aber wenigstens dann präsumirt werden soll, wenn in demselben die Zuziehung der unterschriebenen Zeugen auch nur im Allgemeinen und ohne daß das Erbitten derselben ausdrücklich erwähnt worden wäre, angeführt worden ist.

13) Nur dieses Argument ist deshalb auch von Glück a. a. O. adoptirt.

besessen werden. Von dem Verhältnisse des eingesetzten Erben zu den Erbschaftsschuldnern ist in dieser Constitution eben so wenig die Rede, wie von der gerade hier in Frage stehenden Beweislast bei der auf die missio in possessionem möglicherweise folgenden petitorischen hereditatis petitio. Nichts destoweniger könnte man dieser Verordnung dennoch einen Einfluß auf die erwähnte Frage zuschreiben, weil das legislatorische Motiv derselben ohne allen Zweifel in der Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit der Ansprüche des in einem äußerlich fehlerfreien Testamente eingesetzten Erben besteht, und dieses Motiv auch die Befreiung desselben von der Beweislast im obigen Sinne zu verlangen scheint. Allein einer solchen Analogie steht der Umstand im Wege, daß wir es hier nicht mit einem Rescripte, sondern mit einer Edictalconstitution zu thun haben, welche, mag man nun über ihr Verhältniß zum interdictum quorum bonorum denken, wie man will[14]), jedenfalls doch nur den Besitzstand zu reguliren bestimmt ist. Der petitorische Proceß muß daher ganz nach den gewöhnlichen Grundsätzen beurtheilt werden. Nach diesen hat aber derjenige, welcher sich mit Wirkung auf ein Testament berufen will, den Beweis zu führen, daß dasselbe formell gültig errichtet ist, mag er selbst klagend mit der hereditatis petitio auftreten, oder z. B. von einem Ver-

14) Vgl. Gerau in der Gießer Zeitschrift für Civilrecht und Proceß 20ster Bd. S. 314—326. Leist Bonorum possessio 2ter Bd. 2te Abth. §. 162. S. 290—297. und Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 6ter Th. Nr. 11. „Ueber die auf Erlangung des Besitzes gerichteten Erbschaftsklagen." Die genauere Prüfung dieser Ansichten muß bis zu §. 1844. verspart werden.

wandten des Erblassers mit der hereditatis petitio ab intestato als Beklagter belangt werden. Bei diesen Grundsätzen muß es um so mehr verbleiben, da die Befreiung von der Beweislast im petitorischen Processe ein ungleich größeres und wichtigeres Vorrecht für den eingesetzten Erben wäre, als das Recht auf einen provisorischen Besitzstand. Justinian hätte allerdings, gestützt auf das obige legislatorische Motiv, noch einen Schritt weiter gehen, und auch für die petitorische hereditatis petitio, so wie für alle sonstigen Klagerechte, die sich auf ein testamentarisches Erbrecht stützen, die Freiheit von der Beweislast, in dem Falle der Existenz eines äußerlich fehlerfreien Testaments, aussprechen können. Allein da es sich hier nicht um ein jus commune handelt, so dürfen wir die von Justinian selbst eingehaltene Gränze nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht überschreiten.

Diesemnach muß denn die zweite Theorie, welcher auch das Oberappellationsgericht in Cassel beigetreten ist[15]), als die richtigere anerkannt werden. Hiernach hat der Producent nöthigenfalls die oben (S. 44.) hervorgehobenen vier Punkte zu beweisen, während den Producenten, wie bei dem mündlichen Testamente (S. 41.), die Last des Beweises treffen muß, wenn er das Testament wegen Unterbrechung des Testiractes durch eine fremdartige Handlung oder aus sonstigen Gründen anzufechten versucht[16]). Der hiernach dem Producenten ob-

15) Siehe die in Note 87. der vorigen Centurie citirte Strippelmann'sche Sammlung.

16) Zu weit geht das von *Sam.* STRYK im Usus modern. pandect. *h. t.* §. 8. mitgetheilte Beweisinterlocut, welches dem Producenten eines mit der Codicillarclausel versehenen Testamentes den Beweis auferlegt: „daß alle 5 daselbst benannte Zeugen zugleich nebst dem Testator uno contexta unterschrieben", wenn hiermit

liegende Beweis kann nun zuvörderst, wenn das Testament resp. Codicill unter Mitwirkung eines Notars errichtet ist, durch das über den Testamentsact aufgenommene Notariatsinstrument, so weit darin die Beobachtung der obigen Solennitäten attestirt ist, verbracht werden[17]. Nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht[18] soll es aber auch schon ohne dies genügen, wenn nur die Zeugen mit ihrer Namensunterschrift die Bemerkung verbinden, daß die, von ihnen im Einzelnen genau anzugebenden Solennitäten wirklich beobachtet worden seien. So soll also z. B. die Rogation der Zeugen als bewiesen gelten, sobald die letzteren sich, wie sehr häufig geschieht, ausdrücklich mit dem Zusatze „als erbetener Zeuge" unterschrieben haben[19]. So wird ferner der Beweis der beobachteten Einheit der Handlung als geführt betrachtet, wenn von den Zeugen das Datum zu der Unterschrift hinzugefügt worden ist[20]. Diese Ansicht ist indessen, ganz abgesehen davon, daß in dem zuerst erwähnten Falle die Zeugen als testes singulares erscheinen, indem jeder Einzelne doch nur seine eigene Rogation bezeugt, und daß in dem zweiten Falle daraus, daß die Zeugen an einem und demselben Tage fungirt haben, noch keineswegs folgt, daß dies gleichzeitig geschehen ist, deshalb

überhaupt, was aber nach den Entscheidungsgründen allerdings zweifelhaft sein kann, dem Producenten auch der Beweis der Beobachtung der Einheit der Handlung auferlegt sein sollte.

17) Gerade in diesem Punkte besteht ein Hauptvorzug des unter Zuziehung eines Notars errichteten Testaments vor dem sonstigen solennen Privattestamente.

18) Siehe die S. 45. Note 2. citirten Schriftsteller.

19) Dieser Punkt wird meistens nur allein hervorgehoben.

20) v. Holzschuher a. a. O. S. 801. zu Frage 6.

verwerflich, weil die mit der Unterschrift verknüpften Bemerkungen doch nur in lauter unbeschworenen Privatzeugnissen bestehen. Die Anhänger dieser Ansicht scheinen davon ausgegangen zu sein, daß die s.g. solennen Privattestamente, als **instrumenta quasi publica**[20a]), hinsichtlich der Glaubwürdigkeit ihres Inhaltes den **instrumentis publicis** gleichzustellen seien[21]). Allein diese Behauptung läßt sich durch nichts erweisen, indem der einfachen Unterschrift von Privatzeugen unmöglich dieselbe beglaubigende Wirkung zugeschrieben werden kann, wie der Unterschrift einer mit **fides publica** versehenen Behörde, oder einem gehörig errichteten Notariatsinstrumente. Ja, aus **Nov. 73.**, insbesondere **cap. 3.** verglichen mit **cap. 7. §. 1.** geht deutlich hervor, daß Justinian auch von den Instruments-Zeugen eine eidliche Deposition verlangt, wie dies auch von Kaiser Leo in **Nov. Leon. 69.** geschieht. Die Processualisten der neueren Zeit sind daher auch fast alle darin einverstanden, daß diese **instrumenta quasi publica** auch in

20a) Siehe Note 93. der vorigen Centurie (S. 42.).

21) Die angeführten Schriftsteller haben sich, mit Ausnahme von Strippelmann, auf eine Begründung ihrer Ansichten gar nicht eingelassen. Der genannte Schriftsteller a. a. O. S. 260. bemerkt, daß sich in dem oben vorausgesetzten Falle, wo die Zeugen selbst die Beobachtung der Solennitäten bei der Unterschrift attestirt haben, die der Urkunde hinsichtlich ihres materiellen Inhalts gesetzlich beigelegte Glaubwürdigkeit auch auf den formellen, die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften betreffenden Inhalt erstrecke. Allein dies ist eine offenbare petitio principii. Denn die Urkunde gilt erst materiell als ein Testament, wenn sie formell gültig errichtet worden ist. Dies letztere muß also erst vorweg bewiesen werden.

den Fällen, wo mit ihnen besondere materielle Vorrechte verknüpft sind[22]), in processualischer Hinsicht doch nur wie instrumenta privata behandelt werden können[23]). Soll daher der Beweis der Beobachtung der fraglichen Solennitäten durch Zeugen geführt werden, so kann dies nur durch die eidliche Aussage von mindestens zwei Zeugen geschehen, und auch dies ist nach der gewöhnlichen Meinung nur zulässig, wenn die anderen Zeugen nicht mehr am Leben sein sollten[24]). Noch weniger kann es endlich gebilligt werden, wenn hin und wieder sogar den eigenen Angaben des Erblassers in seinem Testamente, so weit sie sich auf die Beobachtung der fraglichen Solennitäten beziehen, wie wenn z. B.

22) Denn ein instrumentum quasi publicum genießt ja nur in gewissen Fällen solche materielle Vorrechte. Siehe L. 11. C. *qui potiores* (VIII. 18.). L. 20. C. *de fide instrum.* (IV. 20.). Nov. 117. cap. 2.

23) Gönner Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2ter Th. Abh. 46. S. 465. fgg. Thibaut System des Pandektenrechts 3ter Th. §. 1176. Linde Civilproceß 7te Aufl. §. 274. Note 10. Bayer Vorträge über den gemeinen Civilproceß 7te Aufl. S. 502—504. Schmid Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses 2ter Th. §. 143. S. 271. — Nur Martin S. 43. Note 94. cit. und Morstadt Civilproceßschlüssel (Heidelberg 1847.) S. 211. sind abweichender Meinung, indem der Erstere eine Recognition durch die Instruments-Zeugen für genügend hält, und der Letztere der Urkunde, nach geführtem Beweise der Aechtheit der Unterschrift, Glaubwürdigkeit hinsichtlich des Inhaltes beilegt.

24) Vergleiche die Ausführungen von Glück im 7ten Th. des Comm. §. 563. S. 503., und im 35sten Th. §. 1417. S. 12.

irgendwo in dem Testamente gesagt wird: „vor den unterschriebenen und rogirten Zeugen" u. s. w. eine solche beglaubigende Wirkung zugeschrieben worden ist[25]. Denn mit dem Satze, daß der Erbe die Facta des Erblassers anerkennen, und dessen Aeußerungen als wahr gelten lassen müsse, reicht man in dem gegenwärtigen Falle nicht aus, wo es sich gerade darum handelt, ob die qu. Urkunde als Testament oder Codicill zu Recht bestehe oder nicht.

§. 1513. e.

Die öffentlichen und die privilegirten Codicille[26]).

Zum Beschlusse der Lehre von der Form der Codicille müssen jetzt noch mehrere Rechtsverhältnisse zur

25) In gewisser Beziehung ist dies vom Oberappellationsgerichte in Cassel in dem bei Strippelmann a. a. O. S. 268. angeführten Rechtsfalle geschehen.

26) *Mich. Godofr.* Wernher solida disquisitio de testamentis et codicillis privilegiariis speciatimque de ruptione testamenti per minus solenne ac generibus codicillorum. Norimbergae 1780. Auch die in §. 1509. angeführte Dissertation von *J. H.* Böhmer beschäftigt sich in Cap. II. mit diesen privilegirten Codicillen. Dasselbe ist zwar überschrieben: De codicillis ab intestato sine testibus validis. Allein Böhmer bemerkt gleich am Schlusse des §. 1., daß die vorgetragenen Grundsätze auch auf die testamentarischen Codicille analog zur Anwendung zu bringen seien. — Von den öffentlichen Testamenten hat Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1408. S. 154—180., §. 1409—1411. a. S. 188—226. und von den privilegirten Testamenten Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1473—1486. S. 1—288. gehandelt.

Sprache gebracht werden, welche erst nach vollständiger Darlegung des geschichtlichen Zusammenhangs und des wörtlichen Inhalts der **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* mit der gehörigen Klarheit besprochen werden konnten, weil es sich bei ihnen um eine Restrictivinterpretation der gedachten Constitution handelt[27]. Dahin gehören zuvörderst die öffentlichen und die privilegirten Codicille. In **L. 8. §. ult. C.** *cit.* heißt es allerdings: **In omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes adhiberi debent.** Allein es fragt sich gerade: ob nicht diese Worte vermöge einer Restrictivinterpretation auf das s. g. solenne Privatcodicill zu beschränken seien, oder mit andern Worten: ob nicht Codicille, nach Analogie der Testamente, in allen oder gewissen Fällen auch noch in anderen als der durch **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* vorgeschriebenen Form errichtet werden können und resp. müssen? Diese Frage ist aber entschieden zu bejahen. Denn die Originalconstitution, die **L. 7. §. 2. i. f. C. Th.** *h. t.* (**§. 1512. a. S. 393.**) hatte gleichmäßig von Testamenten und Codicillen gehandelt, und nicht im Entferntesten die Absicht gehabt, diejenigen privilegirten Testamente, welche damals schon bestanden[28], aufzuheben, wie wir aus der in dem späteren Rechte fortdauernden Gültigkeit dieser privilegirten Testamente mit Gewißheit ersehen. Justinian hat freilich den Worten der Con-

27) Hierin liegt die in §. 1513. S. 419. Note 95. angedeutete Rechtfertigung der systematischen Anordnung dieses §. 1513.

28) Dies waren das militärische Testament, von Augustus eingeführt, das bereits unter Diocletian und Maximian anerkannte Testament zur Pestzeit, und das unter Constantin zuerst begründete Privilegium der Verfügungen der Eltern unter Kindern.

stitution eine andere Fassung gegeben. Allein nach den Ausführungen in §. 1512. a. S. 393. fgg. hat auch hierbei nicht die Absicht der Aufhebung des Parallelismus zwischen Testamenten und Codicillen obgewaltet. Unser obiges leitendes Princip (§. 1512. a. S. 399) führt uns daher zu einer Restrictivinterpretation der L. 8. §. ult. C. *h. t.*, deren Resultat sich in folgendem Grundsatze zusammenfassen läßt:

In allen Fällen, wo auf eine von dem s. g. solennen Privattestamente abweichende Weise testirt werden kann oder muß, kann oder muß auch ein Codicill in denselben Formen errichtet werden 29).

Wir haben demnach, wie bei den Testamenten, in dieser Beziehung zwei Classen von Codicillen zu unterscheiden, nämlich ersten s: Fälle, wo derjenige, welcher ein Codicill errichten will, die Wahl zwischen der in L. 8. §. ult. C. *h. t.* vorgeschriebenen Form des s. g. solennen Privatcodicills und zwischen dieser anderen abweichenden Form hat, und zweitens: Fälle, wo dem Erblasser dieses Wahlrecht nicht zusteht, wo vielmehr diese andere abweichende Form geradezu an die Stelle der gewöhnlichen Codicillarform tritt. — In die erste Classe gehören die öffentlichen und diejenigen Privatcodicille, welche eine Erleichterung in der Form, entweder durch Erlaß eines oder mehrerer Requisite des solennen Privatcodicills, oder durch Surrogirung einer anderen, aber leichter zu wahrenden Form wie z. B. das privilegirte Codicill der Eltern unter den Kindern, bezwecken. Die zweite Classe dagegen wird aus dem Codicille des Blinden und des illiteratus gebildet, welche man gleich-

29) Am schärfsten ist dieser Grundsatz von Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Bd. (Leipzig 1852.) S. 704. ausgesprochen.

falls wie die Privatcodicille der ersten Classe mit dem Namen der privilegirten Codicille zu bezeichnen pflegt[30]. Für die Zuläßigkeit der Codicille der ersten Classe kann man sich auch noch auf die bekannte Rechtsregel: **in majori inest minus**, oder **non debet cui plus licet quod minus est non licere**[31]) berufen.

Nach dieser Regel, welche vorzugsweise den hier zu besprechenden Codicillen in der früheren Zeit, wo unser leitendes Princip noch nicht aufgefunden war, Eingang in der Theorie und Praxis verschafft hat, muß es nämlich offenbar erlaubt sein, Vermächtnisse u. s. w. als das **minus** in denselben Formen zu errichten, in welchen Erbeinsetzungen, als das **majus**, vorgenommen werden können, obwohl die Quellen uns nur ein einziges Beispiel eines solchen privilegirten Codicilles darbieten[32].

30) Vergleiche die in Note 39. citirten Schriftsteller. — Glück hat im 34sten Th. des Comment. §. 1408. S. 186. fgg. die Testamente in die regelmäßigen (die öffentlichen und das solenne Privattestament) und unregelmäßigen, und die letztern wieder in außerordentliche (mit vermehrten) und privilegirte (mit verminderten Formalitäten) eingetheilt. Diese Eintheilung konnte ich aber hier nicht wohl zu Grunde legen, weil, nach dem Stande unserer Quellen, die L. 8. §. ult. C. *h. t.* die Basis der Untersuchungen bilden mußte. Käme es darauf an, die logisch richtigste Eintheilung für ein Lehr- oder Gesetzbuch aufzustellen, so müßte die Eintheilung der Testamente und Codicille in öffentliche und Privattestamente resp. Codicille, als Haupteintheilung vorangestellt werden. Die letzteren müßten sodann in regelmäßige und unregelmäßige, und diese wieder in außerordentliche und privilegirte eingetheilt werden.

31) L. 21. D. *de R. J.*

32) Siehe weiter unten die Note 68. und auch die Bemerkung in Note 45.

Gehen wir nun die hier in Frage stehenden Codicille im Einzelnen durch, so fehlt es nicht an mannigfachen Mißverständnissen und Irrthümern, welche offenbar gerade durch den früheren Mangel eines festen Princips über die Form der Codicille veranlaßt sind. Wenden wir uns zunächst zu der ersten Classe der Codicille, so ist

A. die Zulässigkeit der öffentlichen Codicille am allgemeinsten anerkannt. Diese Codicille werden nicht nur sehr häufig ausdrücklich von älteren und neueren Schriftstellern erwähnt [33], sondern ihre Gültigkeit ist auch niemals bestritten oder bezweifelt worden. Außer den oben angeführten allgemeinen Gründen spricht für ihre Zulassung insbesondere noch der in §. 1513. a. S. 444. fgg. genauer entwickelte und motivirte Grundsatz, daß in der späteren Kaiserzeit die gerichtliche Beglaubigung in allen Fällen das Solennitätszeugniß ersetzt. Dieses ist ein so durchgreifender und ausnahmsloser Grundsatz, daß selbst in den erwähnten Fällen der zweiten Classe dem Erblasser die Wahl zwischen der vorgeschriebenen außerordentlichen Form und der gerichtlichen Errichtung gestattet

33) Vgl. z. B. von älteren Schriftstellern, außer *J. H.* Böhmer l. c. Cap. II. §. 9. *Petr.* Müller ad Struv Syntagm. jur. Exerc. 34. Th. 57. Not. ζ. nr. 4. Lauterbach Colleg. theor. pract. *h. t.* §. IV. Berger Oeconomia juris Lib. 2. Tit. 4. Th. 36., und von neueren: Thibaut System des Pandektenrechts 2ter Th. §. 934. not. p. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 53. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts §. 729. hinter Note 2. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. §. 1001. S. 556. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Bd. zu §. 523. S. 424.

sein muß[34]. Errichtet werden diese öffentlichen Codicille, gleich den öffentlichen Testamenten, unter Mitwirkung des Gerichtes, entweder durch Verlautbarung ihres Inhalts zu gerichtlichem Protokoll, oder durch Uebergabe der Codicillarurkunde zu gerichtlicher Verwahrung[35]. Nimmt man außerdem das Testament vor dem Regenten[36] als noch heutzutage geltend an[37], so könnte ein Codicill auch dadurch errichtet werden, daß die Codicillarurkunde dem Regenten zur Aufbewahrung übergeben wird.

B. Bestrittener sind die Verhältnisse bei den dieser ersten Classe angehörenden privilegirten (Privat-) Codicillen. *Nic.* Reusner[38] hat ihre ganze juristische Existenz, wegen der obigen allgemein lautenden Worte: **In omni ultima voluntate quinque testes debent adhiberi**, in Abrede gestellt; allein er ist mit dieser ganz und gar verwerflichen Ansicht völlig isolirt geblieben. Diese privilegirten Codicille werden freilich bei weitem nicht so häufig als die öffentlichen erwähnt; allein es geschieht doch so oft[39], daß die Behauptung sich voll-

34) Daher hat Glück im 34sten Th. des Commentars §. 1406. d. S. 37. fgg. ganz richtig angenommen, daß ein Blinder auch ein gerichtliches Testament errichten könne.

35) Arg. L. 18. L. 19. C. *de testam.* (VI. 23.).

36) Ueber das testamentum principi oblatum vgl. Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1408 S. 165—180.

37) Dieser Ansicht ist Glück a. a. O. S. 179.

38) Tract. de codicillis Cap. X. nr. 11.

39) Sehr häufig werden nur einzelne Arten dieser privilegirten Codicille ausdrücklich hervorgehoben und anerkannt. — Von den älteren Juristen wurden diese Codicille codicilli minus solennes oder privilegiarii genannt. Brunnemann ad L. ult. C. *h. t.* nr. 16. Berger Oeco-

ständig rechtfertigen läßt, daß auch diese privilegirten Codicille im Allgemeinen als begründet anerkannt worden seien. Wenn nichts desto weniger Schweppe[40]) die Existenz wenigstens gewisser Arten von privilegirten Codicillen in Abrede stellt, so ist dies nur ein Wortstreit, indem auch Schweppe in der Sache selbst die unten aufgeführten, und mit dem Ausdrucke der privilegirten bezeichneten Codicille als rechtlich existirend anerkennt[41]). Sehen wir nun auf das Einzelne ein, so besteht

1) das formelle Privilegium des militärischen Codicilles darin, daß der in der Schlacht befindliche Soldat keine Form zu beobachten braucht, und daß es dem auf dem Feldzuge, aber nicht in der Schlacht (in expeditionibus

nomia juris Lib. 2. Tit. 4. Th. 26. nr. II. *M. G.* Wernher not. 26. cit. in der Ueberschrift seiner Dissertation. Unsere neueren Juristen gebrauchen dafür den Ausdruck: privilegirte Codicille. Höpfner Commentar der Institutionen §. 626. v. Hartitzsch Erbrecht §. 364. a. E. §. 368. Nr. 3. — Nicht ausdrücklich unter diesem Namen, aber in der Sache selbst werden diese privilegirten Codicille der ersten Classe anerkannt von Lauterbach Colleg. Theor. pract. *h. t.* §. VIII. *Petr.* Müller ad Struv Syntagm. jur. Exerc. XXXIV. Th. 57. Not. ζ. Hofacker Princ. jur. T. II. §. 1570. I. 2. Bauriedel theor. prakt. Comment. über die Pand. 2ter Bd. zu §. 1513. S. 307. Dabelow Pandekten §. 1108. bei not. k. Thibaut System der Pand. §. 934. not. z. Seuffert prakt. Pandektenrecht 3ter Th. §. 601. Note 8. Valett prakt. Pandektenrecht §. 1112. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. 2te Abtheilung §. 1001. S. 557. Nr. 6.

40) im römischen Privatrecht §. 890. a. E.

41) Siehe unten die Bemerkungen in Note 61. und 72.

occupato) befindlichen Soldaten gestattet ist, das Codicill vor zwei (Solennitäts=) Zeugen zu errichten[42]. Dieser letztere Punkt ist indessen von J. H. Böhmer[43], welchem J. E. J. Müller[44] folgt, in Abrede gestellt worden, indem Böhmer auch in diesem Falle eine vollkommene Formlosigkeit und zwar aus folgenden Gründen gestattet. Nach Justinianeischem Rechte brauchte der in expeditione befindliche Soldat weder bei Testamenten noch bei Codicillen irgend eine Förmlichkeit zu beobachten[45]. Die Notariatsordnung Tit. von Testamenten

42) arg. L. 17. C. *de testam. milit.* (VI. 21.). Notariatsordnung Kaiser Maximilians I. Tit. von Testamenten §. 2. Vergleiche darüber die Ausführungen Mühlenbruchs im 42sten Th. des Comment. §. 1474. S. 32. fgg. §. 1476. S. 67. fgg.

43) in der S. 55. Note 26. angeführten Dissertation Cap. II. §. 11. Dieselbe Argumentation wendet Böhmer in dem §. 12. auf die codicilli a pagano in hostico confecti arg. L. ult. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) L. 1. pr. D. *de b. p. s. t.* (XXXVII. 11.). L. unic. D. *de b. p. ex testam. milit.* (XXXVII. 13.) an, was natürlich eben so falsch ist.

44) Promtuarium juris. T. II. s. v. codicillus nr. 19. p. 1212. sq.

45) Böhmer geht hierbei stillschweigend von der allerdings ganz richtigen Voraussetzung aus, daß die L. 8. §. ult. C. *h. t.* auf militärische Codicille nicht zu beziehen sei. Zur Unterstützung dieser Voraussetzung könnte man sich auch noch geradezu auf die angeführte Justinianeische L. 17. C. cit. selbst berufen, indem der Kaiser hier zwar im Anfange nur von Testamenten redet, dagegen mit den allgemein lautenden Worten: his solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa ultimas voluntates conficiendas beneficium schließt.

§. 2. habe dies nun mit den Worten: „Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern machen, in dem Falle, da kein andrer ihr Testament zuvor gemacht, abgethan würde: oder von Rittern, die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen. Aber die Ritter, die in Uebung des Streits sind, mögen ihr Testament machen, ohne alle Solennität oder Form, und wie sie wollen: aber die Ritter, so nicht in solcher Uebung und Streit, noch auch zu Felde liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen.“ nur hinsichtlich der Testamente, keineswegs aber hinsichtlich der Codicille abgeändert, so daß ein auf dem Feldzuge, aber nicht in der Schlacht befindlicher Soldat das Codicill nach dem reinen römischen Rechte formlos errichten dürfe. Gegen diese Argumentation braucht indessen nicht einmal unser obiges Princip zu Hülfe gerufen zu werden. Sie wird vielmehr geradezu durch die grammatische und logische Interpretation der angeführten Stelle der Notariatsordnung widerlegt. Diese erfordert nämlich im Anfange des citirten §. 2.[46]) zu einem Testamente „aufs mindst 7. Zeugen“ und zu einem Codicille „aufs mindst 5. Zeugen.“ Wenn nun unmittelbar auf die eben hervorgehobenen Worte der obige Satz: „Aber in Testamenten“ u. s. w. folgt, so kann dieser natürlich nur als eine Ausnahme von der Regel aufgefaßt werden. Wollte man daher mit Böhmer das Gewicht darauf legen, daß in den Schlußworten das Codicill nicht erwähnt sei, so müßte es gerade deshalb bei der im Anfange aufgestellten Regel verbleiben, so daß auch in dem von Böhmer unterstellten Falle die Zuziehung von 5

46) Vollständig findet sich derselbe in §. 1512. a. S. 415. fgg. abgedruckt.

Zeugen nothwendig erschiene. Allein die Nicht-Erwähnung der Codicille ist ein ganz irrelevantes Factum, weil die Notariatsordnung, wie in §. 1512. a. S. 410. fgg. genauer nachgewiesen ist, den Parallelismus zwischen Testamenten und Codicillen als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt hat. Wollte man endlich sogar mit Böhmer die einzelnen Worte der Notariatsordnung auf die Goldwaage legen, so könnte man sich noch darauf berufen, daß in dem Satze: „oder von Rittern die zu Feld, und doch nicht im Streit wären, da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf zween Zeugen" weder Testament noch Codicill namentlich hervorgehoben werden, und daß daher diese Worte, da im Anfange der Stelle Testamente und Codicille aufgeführt sind, nach ihrer allgemein lautenden Fassung auf beide Arten der letztwilligen Verfügungen zu beziehen seien.

Noch unrichtiger ist die von Meier beibehaltene Ansicht Schweppe's[47]), daß das Codicill eines Soldaten ohne alle Solennität errichtet werden könne. Als Beweisstelle hiefür findet sich die in §. 1511. c. S. 278. abgedruckte und erklärte L. 8. §. 4. D. *h. t.* angeführt[48]). Allein wenn hiernach das von einem Soldaten errichtete Codicill jure militari gelten soll, so bezieht sich dies nicht auf ein Privilegium rücksichtlich der Form, indem damals alle Codicille formlos waren, sondern auf das materielle Privilegium des Nicht-Abzugs der quarta Falcidia der in dem fraglichen Codicille ausge-

47) Schweppe's römisches Privatrecht, fortgesetzt von Meier 5ter Bd. §. 890. a. E. S. 286.

48) Wenn außerdem noch auf Böhmer l. c. §. 10—12. verwiesen wird, so scheint dessen Ansicht von Schweppe völlig mißverstanden zu sein.

setzten Legate[49]. Durch die Aufnahme der L. 8. §. 4. D. cit. in die Pandekten ist mithin ein formell privilegirtes Codicill für die Soldaten weder geschaffen noch bewiesen[50]. Das materielle Privilegium der letztwilligen Verfügungen setzt aber natürlich eine formell gültige letzte Willenserklärung voraus. Dabei versteht sich von selbst, daß im Sinne des Justinianeischen Rechtes der Ausspruch des alten Juristen nur von einem miles in expeditione occupatus gelten kann, gerade wie ja in dem ganzen Pandektentitel de testamento militum das ältere Recht unverändert beibehalten ist, und alle darin enthaltene Bestimmungen nach L. 17. C. *de testam. milit.* (VI. 21.) doch nur auf milites in expeditione occupati angewendet werden können.

2) Das Privilegium des zur Pestzeit errichteten Codicills besteht nach der richtigen Ansicht nur darin, daß die fünf Zeugen nicht gleichzeitig zu fungiren brauchen[51]. Schlägt man indessen so manche Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts nach[52], so sollte man

49) Wegen der genaueren Erklärung dieses Fragmentes muß ich auf die angeführte Stelle verweisen.

50) Siehe auch die Bemerkung in §. 1511. c. S. 273. Note 15.

51) Arg. L. 8. C. *de testam.* (VI. 23.). Vgl. Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1485. S. 251. 282. — Die Ansicht Mühlenbruchs, daß das Privilegium nur Platz greife, wenn der Erblasser selbst bereits von der ansteckenden Krankheit ergriffen sei, hat weder die Worte noch die ratio der Verordnung für sich, indem es, wo eine solche Seuche ausgebrochen ist, auch einem Gesunden wegen des „timor contagionis“ schwer fallen wird 7. resp. 5. Zeugen gleichzeitig zu versammeln.

52) Brunnemann ad L. ult. C. *h. t.* nr. 16.; ad rubr.

fast glauben, daß kraft eines allgemeinen Gewohnheitsrechtes bei diesem Codicille die Zahl der Zeugen bis auf zwei nachgelassen sei. Allein verfolgt man die Sache genauer, so stellen sich Carpzow und Berlich als die Hauptstützen dieser Annahme dar[52a]. Diese haben aber nur das sächsische Recht vor Augen[53], und verlangen mit Recht bei einem zur Pestzeit errichteten Codicille nur die Zuziehung von 2—3. Zeugen, weil nach einer Constitution Churfürst Augusts vom J. 1572.[54] auch zu einem unter diesen Umständen errichteten Testamente nur 2—3. Zeugen erfordert werden. J. H. Böhmer[55])

P. h. t. nr. 11. *Petr.* Müller ad Struv Syntagma juris. Exerc. 34. Th. 51. not. ζ. nr. 3. *J. E. J.* Müller Promtuarium juris T. II. s. v. codicillus nr. 27. p. 1215. not. i. Leyser Medit. ad Pand. Spec. 368. Med. 1—5., wo ein mit der Codicillarclausel versehenes Testament als codicillus pestis tempore aufrecht erhalten wurde, weil 2. Zeugen gewisse Verfügungen gehört hatten. Hahn ad Wesembecium Tit. de m. c. donat. nr. 6. — Carpzow Pars III. Const. 4. Defin. 3. und 13. Berlich Pract. conclus. P. IV. Concl. 2. nr. 14. sq.

52a) Dies sieht man recht deutlich aus dem Citate bei Müller not. 52. *cit.* — Bei Citaten aus Carpzow's Werken kann übrigens nicht genug zur Vorsicht ermahnt werden, indem römisches und sächsisches Recht in der Darstellung sehr häufig nicht scharf genug getrennt worden ist.

53) Siehe Haubold sächsisches Privatrecht 3te Auflage (Leipzig 1847.) §. 340.

54) Const. Aug. P. III. Const. 4.

55) Cap. II. §. 13. der angeführten Dissertation. Böhmer polemisirt übrigens gegen Carpzow, welcher die Behauptung aufgestellt hatte, daß ein Testament nach

dagegen nimmt auch für dieses Codicill wieder gänzliche Formlosigkeit in Anspruch. Er geht dabei von der zwiefachen Voraussetzung aus, daß das testamentum pestis tempore conditum kraft eines allgemeinen Gewohnheitsrechtes vor 2. Zeugen errichtet werden könne, und daß nach L. 8. §. ult. C. *h. t.* ein Codicill stets zwei Zeugen weniger als ein Testament erfordere. Er gelangt dadurch denn natürlich zu dem Schluße, daß das zur Pestzeit errichtete Codicill keine Zeugen erfordere. Allein einmal läßt sich die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechtes nicht nachweisen [56]), und sodann behandelt die L. 8. §. ult. C. *h. t.* nur das s. g. solenne Privatcodicill. Der darin enthaltene formelle Unterschied zwischen Testament und Codicill hinsichtlich der Zeugenzahl ist aber der Natur der Sache nach einer analogen Uebertragung auf privilegirte Codicille, um dadurch auch einen formellen Unterschied zwischen privilegirten Testamenten und Codicillen hervorzubringen, unfähig, weil nicht eadem ratio vorhanden ist. Denn die Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen von der Zahl 7. auf die Zahl 5. herabzugehen, führen keineswegs die Nothwendigkeit einer Reduction der Zahl 5. auf 3., oder gar der Zahl 2. auf Null mit sich, indem die Sicherung gegen Verfälschungen durch eine Verminderung der Zahl 7. bis auf

den Grundsätzen des jus gentium stets zwei Zeugen erfordere, und daß daher von einer gänzlichen Formlosigkeit keine Rede sein könne.

56) Diese Praxis hat auch schon Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1485. S. 283. Note 83. mit Recht verworfen. Auch der für diese Praxis citirte Stryk scheint selbst Mißtrauen in dieselbe zu setzen, indem er doch die Zuziehung der gewöhnlichen 5. Zeugen anräth.

5. augenscheinlich weniger gefährdet wird, als durch ein Herabgehen von 5. auf 3. u. s. w. Es muß daher auch die mit der Böhmer'schen Ansicht auf derselben Grundlage beruhende Ansicht, daß bei dem zur Pestzeit errichteten Codicille 2. Zeugen weniger als bei einem sonstigen Codicille, mithin nur 3. Zeugen erforderlich seien[57]), verworfen werden. Wir müssen uns vielmehr auch hier streng an das obige Princip halten, daß die Form der Codicille, so weit keine besondere Abweichung festgesetzt ist, mit der Form der Testamente ganz und gar zusammentrifft. Gehen wir nun

3) zu dem auf dem Lande errichteten Codicill[58]) über, so stellt sich hier sofort ein wesentlicher Unterschied zwischen Testament und Codicill heraus. Während nämlich das Privilegium bei dem **testamentum ruri conditum** sich sowohl auf schriftliche wie mündliche Testamente erstreckt, ist hinsichtlich der Codicille ein Privilegium nur bei den schriftlichen Codicillen denkbar. Bei dem auf dem Lande errichteten mündlichen Testamente besteht nämlich das Privilegium einzig und allein darin, daß nur 5. Zeugen zugezogen zu werden brauchen,

57) Nur einen Zeugen erfordern nach sächsischem Rechte, im Geiste der obigen Argumentation: *Nicol.* **Boer Decis. 228. nr. 12. Berlich Practic. Concl. P. III. Concl. 5. nr. 20.** Uebrigens läßt selbst Carpzow ein in solchen Fällen vor 2. Zeugen errichtetes Legat ungültig werden, wenn der eine Zeuge gestorben, so daß nur der Ueberlebende darüber auszusagen im Stande wäre. **Carpzow Definit. for. T. III. Const. 4. Def. 13.**

58) **Arg. L. ult. (31.) C.** ***de testam.*** **(VI. 23.).** Ueber das **testamentum ruri conditum** siehe den 42sten Th. des Comment. §. 1484. S. 245—261.

wenn nicht mehrere zu bekommen sind[59]). Hieraus kann nun für das Codicill kein Vorrecht abgeleitet werden, weil schon das solenne Privatcodicill nicht mehr als 5. Zeugen erfordert. Mehrere Juristen[60]) haben zwar auch in diesem Falle, vermöge der hinter Note 55. erwähnten Argumentation 3. Zeugen als genügend annehmen wollen. Allein die Unrichtigkeit dieser Argumentation ist bereits oben zur Genüge nachgewiesen worden; auch hat diese Ansicht vielfach entschiedene Gegner gefunden[61]). So haben wir denn in dem vorliegenden Falle unsere Aufmerksamkeit nur auf das schriftliche Codicill zu richten. Das Privilegium besteht hier darin, daß die schreibkundigen Zeugen für die schreibunkundigen mit unterschreiben dürfen, sofern nicht 5. des Schreibens kundige Zeugen zugezogen werden konnten[62]). Concurriren auf diese Weise Schreibunkundige, so muß übrigens der In-

59) Siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 252—254.

60) STRYK de cautel. testam. Cap. XIII. §. 17. Auch Stryk polemisirt hier gegen die in Note 55. erwähnte Ansicht von Carpzow. —

61) *Ferd.* VASQUIUS de succ. progr. Lib. 3. §. 30. nr. 27. **O.* ZEPPERUS de codicillis Cap. VIII. nr. 20. *Petr.* MÜLLER ad STRUV Syntagm. Exerc. 34. Th. 55. Lit. γ. *M. G.* WERNHER Lectiss. comment. in h. t. §. 10. M. Valett praktisches Pandektenrecht §. 1112. Note 76. — Wenn Schweppe im römischen Privatrecht §. 890. a. E. sagt: „Einen privilegirten Codicill . . . der Bauern giebt es nicht, indessen versteht sich von selbst, daß, wenn hier alles beobachtet ist, was zu dem Testament gehört, auch der Codicill besteht", so hat er sich damit nur gegen die im Texte gerügte Ansicht erklärt, während er in der Sache selbst mit den diesseitigen Ausführungen übereinstimmt.

62) L. ult. C. *de testam.* (VI. 23.).

halt der letztwilligen Disposition den Zeugen eröffnet werden; das Codicill bleibt aber trotzdem wesentlich ein schriftliches[63]). Die Beweislast anlangend, so hat nicht der Honorirte zu beweisen, daß keine 5. schreibkundige Zeugen zu bekommen gewesen seien, sondern den Onerirten trifft die Beweislast dahin, daß 5. Schreibkundige hätten zugezogen werden können[64]).

4) Das Codicill ad pias causas hat erst durch das kanonische Recht ein Privilegium hinsichtlich der Form[65]),

63) Siehe Mühlenbruch a. a. O.

64) Diese von Mühlenbruch a. a. O. S. 260. fgg. aufgestellte Ansicht ist auch in einem Erkenntnisse des rheinischen Cassationshofes befolgt. Volkmar Jurisprudenz des rheinischen Cassationshofes S. 240. (theilweise abgedruckt in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 2ter Bd. Nr. 203. S. 264.) Mühlenbruch hätte sich übrigens für seine Ansicht insbesondere auf die Worte: in illis vero locis, ubi raro inveniuntur homines literati etc. berufen sollen. Hiernach ist der regelmäßige, und im Sinne des Justinianeischen Rechtes offenbar zu vermuthende Zustand auf dem Lande der, daß nicht die gehörige Anzahl schreibkundiger Zeugen aufzutreiben ist, wie dies auch in Nov. 73. cap. 9. von Justinian selbst deutlich anerkannt wird. Wenn aber das erwähnte Erkenntniß den Beweis, daß schreibkundige Zeugen in hinreichender Anzahl am Orte des Testamentes nicht aufzufinden gewesen seien, einen fast unmöglichen nennt, und auch deshalb den Honorirten von der Beweislast befreien will, so möchte sich dieser Grund, bei genauerer Erwägung, nicht genügend vertheidigen lassen.

65) Denn materielle Privilegien genossen die letztwilligen Verfügungen ad pias causas, möchten sie in einem Testamente oder in einem nach jus commune gültigen Codicille hinterlassen sein, bereits nach römischem Rechte.

und zwar dahin erhalten, daß bei demselben nur **zwei** Solennitätszeugen[66]) zugezogen zu werden brauchen. Von den betreffenden Decretalen[67]) sprach zwar das ausführliche cap. 11. X. *cit.*, wie man aus den restituirten Worten desselben ersieht, allerdings nur von **testamento** relictis ecclesiae. Allein das kürzere cap. 4. X. *cit.* enthält augenscheinlich gerade den Fall eines mündlichen Intestatcodicilles, und liefert damit unmittel-

Vgl. darüber Mühlenbruch im 42sten Theile des Comment. §. 1479. S. 140—151.

66) Ueber die Streitfrage, ob das canonische Recht Solennitätszeugen erfordere, oder sich mit der einfachen, auch durch zwei Beweiszeugen herzustellenden Gewißheit des Willens begnüge, vergleiche die Ausführungen von Mühlenbruch a. a. O. S. 133. fgg. — Ein interessanter Rechtsfall, worin sich das Oberappellationsgericht in Darmstadt durch Erlaß vom 31sten August 1818. für die diesseitige Ansicht erklärte, und welcher namentlich die mit der Annahme einer gänzlichen Formlosigkeit solcher letztwilliger Verfügungen verbundene Gefahr in recht hellem Lichte zeigt, findet sich in Kopp's Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen 4tes Bdch. S. 67—112. Von den späteren Juristen haben sich Sintenis prakt. gemeines Civilrecht 3ter Bd. S. 395. Note 35. für die hier vertretene, Puchta Pandekten §. 468. not. g. und Arndts Lehrbuch der Pandekten (München 1852.) §. 489. not. f. für die entgegengesetzte Ansicht erklärt. Wenn sich v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Bd. 1ste Abth. Kap. 3. von Testamenten S. 588. zu Frage 1. zu Gunsten der letzten Ansicht auf die Praxis beruft, so beweist das angeführte Erkenntniß jedenfalls, daß keine gleichförmige Praxis vorliegt.

67) Cap. 4. und 11. X. *de testam.* (III. 26.).

bar den Beweis, daß auch im canonischen Rechte die Form der Testamente ohne weiteren Anstand auf die Codicille übertragen wird[68]).

5) Das letzte hieher gehörige Codicill, nämlich das der Eltern unter Kindern[69]), ist bisher am meisten verkannt worden. Der Grund hiervon liegt darin, daß dasselbe zwischen den zwei bekannten Formen letztwilliger Verfügungen der Eltern unter Kindern, nämlich dem s. g. **testamentum parentum inter liberos** und der s. g. **divisio parentum** in der Mitte steht, und daher entweder mit der **divisio** verwechselt worden[70]), oder wegen derselben vernachlässigt oder übersehen worden ist[71]). Nur

68) Es ist dies der einzige Fall, wo in unseren Rechtsquellen ein privilegirtes Codicill vorkommt.

69) Lüder Mencken (resp. *Joh. Casp.* Fielitz) Dissertatio de codicillis parentum inter liberos ex privilegio conditis. Lips. 1701. (auch in Ejusd. Dissertat. Vol. nr. 9.) *Friedr. Alex.* Künhold Programma: an sanctio, quae Nov. 117. continetur, ad codicillos etiam parentum inter liberos scriptos commode possit applicari. Lips. 1731.

70) z. B. von Lang Lehrbuch des Justin. römischen Rechts §. 418. Dies gilt auch mehr oder weniger von *Petr.* Müller ad Struv Syntagm. Exerc. XXXIV. Th. 57. Lit. ζ. nr. 2. Brunnemann ad L. ult. C. *h. t.* nr. 16. *J. E. J.* Müller Promt. jur. Tom. II. s. v. codicillus nr. 22. sqq., welche zwar von einem privilegirten Codicill der Eltern unter Kindern sprechen, aber ohne irgend klare Begriffe damit zu verbinden, zumal sie auch die beim testamentum parentum inter liberos erforderlichen Solennitäten nicht einmal richtig aufgefaßt haben.

71) Dieser letztere Vorwurf trifft namentlich Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1430. S. 381. Note 27.,

wenige Schriftsteller haben sich hier den Blick ungetrübt erhalten, und das privilegirte Codicill der Eltern unter Kindern neben der **divisio parentum inter liberos** als eine selbstständige Verfügungsart anerkannt[72]).

Betrachten wir zuerst das römische Recht, so bestehen die Solennitäten dieses nur schriftlich zu errichtenden Codicills, nach Analogie des **testamentum parentum inter liberos**[73]), darin, daß der das Codicill errich-

im 42sten Th. §. 1480. S. 165. fg. §. 1483. S. 233. fg., welcher nur die divisio und das s. g. solenne Privatcodicill unterscheidet. Er hätte auf den obigen Unterschied um so eher verfallen müssen, da er in §. 1480. und 1481. ganz allgemein von den dispositiones parentum inter liberos handelt.

72) Siehe außer den beiden in Note 69. citirten Dissertationen M. Valett praktisches Pandektenrecht §. 1112. Note 73. und 74. Meier in der Fortsetzung von Schweppe's römischem Privatrecht §. 890. a. E. S. 286. vgl. mit §. 820. a. E. S. 127.; (Schweppe selbst hat sich über das Codicill der Eltern unter Kindern gerade so ausgedrückt, wie über das auf dem Lande errichtete Codicill in Note 61.); ferner das Erkenntniß in letzter Instanz von einer (nicht genannten) Juristenfacultät in v. Nettelbladts Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim 4ter Bd. S. 93.

73) Siehe darüber Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1482. S. 174. fgg. Mühlenbruch hat übrigens die Praxis gar nicht berücksichtigt, und sind deshalb nachzutragen: v. Nettelbladt Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim 4ter Bd. Abh. 69. („Von den Erfordernissen einer gültigen Disposition der Eltern unter ihren Kindern".) Pfeiffer praktische Ausführungen 4ter Bd. Nr. 7. („Von den eigenthümlichen Merkmalen einer Theilung der Eltern unter ihren Kindern"), und aus der späteren Zeit:

tende Ascendent jedenfalls den dispositiven Inhalt des Codicills[74]), also insbesondere die Namen der bedachten Kinder[75]), die ihnen zu vermachenden Sachen[76]) u. s. w.

Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 4ter Bd. 1ste Abth. („Ueber die Förmlichkeit des Testaments der Eltern unter Kindern".)

74) So hat Mühlenbruch a. a. O. S. 182. fgg. den Kern der Novelle mit Recht formulirt.

75) Eine „clara et indubitata" demonstratio vertritt hier, wie sonst die Stelle des Namens. Diese Ansicht Mühlenbruch's a. a. O. S. 195—197. hat nach den bis jetzt bekannt gewordenen Präjudicien auch die Praxis für sich. So hat die bei v. Nettelbladt a. a. O. S. 98. angeführte, in letzter Instanz erkennende Juristenfacultät die von einer Mutter in deren Testamente gebrauchte Bezeichnung: „Mein jetzt noch einziger lebender Sohn, ausübender Arzt der Arzneigelehrsamkeit in N. N." (v. Nettelbladt hat den Namen des Orts nicht angegeben) als dem Erforderniße der Nov. 107. cap. 1. entsprechend angenommen, während das in vorletzter Instanz erkennende Oberappellationsgericht in Parchim die Nennung des Vor- und Zunamens oder des bürgerlichen Namens erfordert hatte. Siehe v. Nettelbladt a. a. O. S. 84.). Aber auch das Oberappellationsgericht in Cassel hat die Erklärung im Testament: „Meine jetzt lebende 6 Kinder beerben mich nach den Grundsätzen des gesetzlichen Erbrechts und der gesetzlichen Erbfolge" gleichfalls als genügend angenommen. Strippelmann a. a. O. S. 37. Rechtsfall Nr. 2.; ferner S. 22—24.

76) Dies ist in Nov. 107. cap. 1. namentlich vorgeschrieben für eine im Testamente vorzunehmende Erbschaftstheilung und heredis institutio in certa re. — Die Vorschrift der Novelle, daß der Erblasser die Erbpor-

nebst dem Datum [77]) eigenhändig niederschreiben muß, ohne daß er das Codicill zu unterschreiben hat. Dagegen würde es nichtig sein, wenn es von einem Dritten geschrieben und von dem Ascendenten nur unterschrieben wäre [78]).

Hinsichtlich dieser Punkte fehlt es indessen auch hier nicht an abweichenden Ansichten. So stellt wieder J. H. Böhmer [79]), indem er allerdings **testamentum**, **codicillus** und **divisio parentum inter liberos** neben einander aufführt, die Behauptung auf, daß das Codicill der Eltern unter Kindern gar keiner Förmlichkeit bedürfe. Allein dies ist bei ihm nur die consequente Folge seiner unrichtigen Ansicht, daß auch das **testamentum parentum inter liberos** ein ganz formloses Testament sei. Denn

tionen der Kinder in Worten niederschreiben soll, läßt keine Uebertragung auf die Codicille zu, weil darin keine Erbeinsetzung vorgenommen werden kann, und weil die Verfügungen im Codicille sämmtlich an Wichtigkeit der Regulirung der Quoten für die directen Erben nachstehen. Uebrigens möchte ich es immerhin als Cautel anempfehlen in dem Falle, wo mehreren Kindern Singularpermächtnisse oder Universalfideicommisse, zumal nach ungleichen Quoten hinterlassen werden sollen, diese Quoten in Worten auszudrücken.

77) Ueber die Streitfrage: ob der Ascendent auch das Datum eigenhändig schreiben müsse, siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 193. fgg. — Für die von Mühlenbruch S. 192. fgg. vertheidigte Ansicht, daß das Datum nicht gerade am Anfange des Testamentes zu stehen brauche, hat sich auch das Oberappellationsgericht zu Cassel erklärt. Strippelmann a. a. O. S. 25. Nr. 3. Note 19.

78) Mühlenbruch a. a. O. S. 180. fgg.

79) in der angeführten Dissertation Cap. II. §. 14.

wenn auch allerdings nach römischem Rechte keine Zeugen dazu erforderlich sind[80]), so sind doch statt dessen die eben erwähnten Formalitäten für die schriftliche Abfassung des Testamentes vorgeschrieben, welche bei Vermeidung der Nichtigkeit beobachtet werden müssen[81]). J. E. J. Müller[82]) beruft sich zur Begründung dieser Böhmerschen Ansicht, auf L. ult. C. *fam. herc.* (III. 36.) auf Nov. 18. und Nov. 107. Allein die erste Stelle ist durch Nov. 107. aufgehoben; die zweite handelt nur von der divisio parentum inter liberos, und die dritte stellt keineswegs den Grundsatz der Formlosigkeit für das testamentum parentum inter liberos auf. Eben so wenig ist es ihm denn auch gelungen die Behauptung[83]) der Formlosigkeit der hier in Frage stehenden Codicille zu beweisen. Auf L. ult. C. *fam. herc.* und Nov. 18. cap. 7. durfte er sich aus dem vorhin schon angeführten Grunde nicht berufen; die Nov. 107. pr. hat aber deshalb keine Beweiskraft, weil sie hinsichtlich des hier fraglichen Punktes das ältere Recht nur historisch referirt.

Eine geringere Abweichung hat sich der in Note 69. citirte Künhold erlaubt, indem er ein Urtheil der Leipziger Juristenfacultät vom J. 1729. anführt, in welchem bei dem Codicille der Eltern unter Kindern wenigstens der Mangel des Datums für unschädlich erklärt war. Er sucht dieses Urtheil dadurch zu rechtfertigen, daß kein

80) Die Streitfrage, ob nicht wenigstens nach der Notariatsordnung auch zu dem schriftlichen testamentum parentum inter liberos 2. Solennitätszeugen zuzuziehen seien, ist nach der von Mühlenbruch a. a. O. S. 224. fgg. vertheidigten Ansicht zu verneinen.

81) Mühlenbruch a. a. O. S. 178 — 180.

82) Promtuarium juris T. II. s. v. codicillus Nr. 23. p. 1213. sq.

83) L. c. Nr. 22. pag. 1213.

Gesetz für diese Art der Codicille das Datum verlange, daß ferner die Hinzufügung desselben auch bei der divisio parentum inter liberos nicht erforderlich sei, und daß endlich letzte Willenserklärungen so viel als möglich aufrecht erhalten werden müßten[84]. Allein mit dem letzten Grunde könnte man sich aus Billigkeitsrücksichten über alle Formvorschriften hinwegsetzen[85], und von der divisio kann nicht auf unser privilegirtes Codicill geschlossen werden, weil beides verschiedene, auf einer besonderen Form beruhende, letzte Willenserklärungen sind. So muß denn nothwendigerweise auch hier unser obiges Princip zur Anwendung kommen, und es ist eine handgreifliche Inconsequenz, wenn Künhold die sonstigen Formalitäten der Nov. 107. auf die Codicille übertragen, und nur die Bestimmungen über das Datum davon ausgenommen wissen will, eine Ansicht, welche auch in der späteren Praxis wieder verlassen worden ist[85 a].

In einem Codicille der bisher beschriebenen Art können die Ascendenten aber nur Dispositionen treffen, welche sich auf ihre Descendenten beziehen. Wollen sie darin enthaltenen Verfügungen zu Gunsten dritter Personen Wirksamkeit verleihen, so müssen sie vor 5. natürlich rogirten Zeugen erklären, daß sie alle in dem Codicille

84) Künhold selbst modificirt übrigens inconsequenterweise seine Ansicht dahin, daß im Falle widersprechender Bestimmungen die mit einem Datum versehenen Codicille den Vorrang vor den eines solchen entbehrenden haben müßten, auch wenn erstere später errichtet seien.

85) Gegen solche Argumentationen hat sich schon einmal bei einer anderen Gelegenheit Glück im 34sten Th. des Comment. §. 1415. a. S. 417. fgg. sehr treffend erklärt.

85a) Vgl. die Entscheidung in dem hinter Note 1. der folgenden Centurie mitgetheilten Rechtsfalle.

enthaltenen letztwilligen Bestimmungen eigenhändig geschrieben haben, und daß es ihr Wille sei, daß dieselben auch wirklich erfüllt würden [86]). Dieses ist nun wieder eine ganz eigenthümliche Codicillarform. Denn nach L. 8. §. ult. C. *h. t.* könnte ein solches Codicill zu Gunsten dritter Personen nicht aufrecht erhalten werden. Es könnte nämlich als schriftliches Codicill nicht gelten, weil es von den 5. Zeugen nicht unterschrieben resp. besiegelt ist, und als mündliches könnte es noch weniger aufrecht erhalten werden, weil den Zeugen der Inhalt der letztwilligen Verfügungen nicht bekannt gemacht worden ist. Justinian bemerkt aber auch ausdrücklich am Schlusse des ersten Kapitels der Nov. 107, daß die Verfügungen zu Gunsten dritter Personen in solchen Fällen gegen die gewöhnlichen Grundsätze über letztwillige Verfügungen aufrecht erhalten würden [87]).

86) Vgl. Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1482. S. 212. fgg.

87) Die einschlagenden Worte der Vulgata (Auth. 102. cap. 1. i. f. = Nov. 107. cap. 1. i. f.) lauten nach der Heimbach'schen Ausgabe des Authenticum (Lips. 1846.) p. 809. sq. folgendermaaßen: Si tamen aut uxori aut extraneis aliquibus personis voluerit relinquere legata aut fideicommissa aut libertates, et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt et volunt valere, sint firma, nihil minuenda eo quod videntur in charta scripta reliquam observationem non suscipientia, sed hoc solum immutetur, quod ejus manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam. Mühlenbruch a. a. O. S. 212. fgg. ist der Ansicht beigetreten, daß die in einem testamentum parentum inter liberos an dritte Personen aus-

Das bisher besprochene Codicill unterscheidet sich nun von der divisio parentum inter liberos in formeller und materieller Beziehung. In der ersteren Hinsicht erfordert nämlich die divisio nur einen von dem Erblasser oder sämmtlichen Kindern unterschriebenen Aufsatz[88]), während bei dem fraglichen Codicille der dispositive Inhalt und das Datum von dem Ascendenten eigenhändig niedergeschrieben werden muß. Die divisio ist hiernach weniger

gesetzten Vermächtnisse aufrecht erhalten würden, sobald der Erblasser die obige Erklärung nur vor 5. Zeugen abgegeben habe. Allein ein testamentarisches Legat kann nur vor den sieben Testamentszeugen gültig errichtet werden. Denn wenn die vom Testamente handelnde Novelle unbestimmt von einer Erklärung vor Zeugen spricht, so kann dabei nur an Zeugen, wie man sie bei einem Testamente zuzieht, gedacht werden. Hiefür spricht insbesondere noch der Umstand, daß Justinian in dem folgenden cap. 2., bei einer anderen ähnlichen Verfügung, die 7. Testamentszeugen namentlich erwähnt. Dieser Ansicht hat sich denn auch das bei v. Nettelbladt a. a. O. S. 96. erwähnte Erkenntniß letzter Instanz angeschlossen. — Bei der Uebertragung dieser Formalität auf das privilegirte Codicill muß aber natürlich die Anzahl von 5. Zeugen, als die eigentliche Codicillarzahl genügen, nur darf man sich nicht, wie manche Schriftsteller, auf die einfache Bemerkung, daß eine Erklärung vor 5. Zeugen erforderlich sei, beschränken, ohne die erwähnten Eigenthümlichkeiten und Abweichungen anzudeuten. So sagt z. B. Böhmer l. c. Cap. II. §. 14. ganz unrichtig: Respectu extranei codicilli sua ordinaria requisita habere debent. Siehe auch Müller Promt. jur. T. II. s. v. Codicillus Nr. 24. pag. 1214.

88) Mühlenbruch a. a. O. S. 233. fgg.

förmlich als das Codicill, kann aber eben deshalb auch leichter Veranlassung zu Verfälschungen, z. B. durch Ausfüllung eines vom Erblasser unterschriebenen Blanquetts geben.

Der materielle Unterschied besteht aber darin, daß der Erblasser in einer divisio nur eine bestimmte Verfügung auf den Todesfall, nämlich eine Erbtheilung mit der im 44sten Th. des Comment. §. 1511. d. S. 329. fgg. genauer geschilderten Wirkung vornehmen kann, während in einem privilegirten Codicille auch alle sonstige Anordnungen, wie sie überhaupt in einem Codicille zulässig sind, getroffen werden können [89]. Eine sehr wichtige Folge dieses Unterschiedes zeigt sich namentlich darin, daß die einer privilegirten letztwilligen Form sich bedienenden Ascendenten wahre Prälegate oder Präfideicommisse nur in der Form eines privilegirten testamentum oder codicillus parentum inter liberos, nicht in der Form der divisio parentum inter liberos hinterlassen können [90].

89) Daß Erbschaftstheilungen natürlich auch in einem Codicille vorgenommen werden können, ist bereits im 44sten Th. §. 1511. d. S. 329. fgg. genauer ausgeführt.

90) Dieser wichtige schon in der Note 69. citirten Mencken'schen Dissertation Th. II. pag. 7. hervorgehobene und von Mühlenbruch a. a. O. S. 240—242. vertheidigte Grundsatz ist jetzt auch von v. Buchholtz die Lehre von den Prälegaten Jena 1850. S. 239. fg. anerkannt worden, obgleich auch der letztere, wie namentlich aus S. 238. Note 36. zu ersehen ist, unser privilegirtes Codicill nicht hervorhebt, indem er dort nur die gewöhnliche Codicillarform vor Augen hat. — Die hier vertheidigte Ansicht hat übrigens auch die Praxis des Oberappellationsgerichts in Cassel für sich. Siehe Pfeiffer prakt. Ausführ. 4ter Bd. S. 105. Note k. S. 108. Note z.

Der Beweis dieses materiellen Unterschiedes wird nicht durch den erst von den neueren Juristen gebildeten, obgleich der Sache allerdings entsprechenden Ausdruck: **divisio parentum inter liberos**, sondern durch den dispositiven Inhalt der die **divisio** betreffenden **Nov. 18. cap. 7.** und **Nov. 107. cap. 3.** selbst geführt. Die **divisio** ist nach dem privilegirten militärischen Testamente und dem s. g. Oralfideicommisse die mit den wenigsten Förmlichkeiten verbundene letztwillige Verfügung, und muß als Ausnahme von der Regel natürlich auf die Sphäre beschränkt bleiben, welche ihr der Gesetzgeber ausdrücklich angewiesen hat[91]).

Uebrigens kann man sich auch eine, aus einem solchen privilegirten Codicille und einer **divisio parentum inter-liberos** gemischte letztwillige Verordnung denken. Der Erblasser hat z. B. die Prälegate und das Datum eigenhändig geschrieben, die Erbschaftstheilung dagegen von fremder Hand darunter schreiben lassen, und sodann den ganzen Aufsatz unterschrieben. In diesem Falle müssen sowohl die Prälegate als die **divisio** ins Leben treten, weil hinsichtlich beider die formellen Erfordernisse gewahrt sind.

Nach der herrschenden Ansicht würde sich endlich die **divisio** von dem privilegirten Codicille noch dadurch unterscheiden, daß die erstere, in der von Justinian zugelassenen Form, nur für die Intestaterbfolge[92]), das

91) Ueber die wichtige Frage: wann die Anweisung von Sachen an Kinder als Erbschaftstheilung und wann sie als Prälegat zu behandeln sei, und über die materiellen Unterschiede zwischen diesen beiden Fällen vgl. vorläufig Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1483. S. 241. fgg. und meine Bemerkung in §. 1511. d. Note 67.

92) Diese Ansicht wurde nicht nur in allen 3 Instanzen

privilegirte Codicill dagegen nicht bloß für diese, sondern auch für die testamentarische Erbfolge wirksam angeordnet werden könne. Allein schon Mühlenbruch[93]) hat mit Recht bemerkt, daß eine divisio parentum inter liberos vollkommen gültig auch mit der testamentarischen Erbfolge verbunden werden kann. Denn die Nov. 18. cap. 7. und Nov. 107. cap. 3. reden im Texte ganz allgemein, ohne die Erlaubniß des Vaters zu einer solchen Theilung auf die Intestaterbfolge zu beschränken. Das Bedürfniß der Theilung ist aber gleichmäßig bei der testamentarischen wie bei der Intestaterbfolge vorhanden, und wenn es dem Vater, um Streitigkeiten unter seinen Kindern vorzubeugen[94]), erlaubt werden soll, in einer weniger formellen Urkunde praeveniendo die Rolle des arbiter familiae herciscundae zu spielen[95]), so wäre es inconsequent, dies nur auf die Intestaterbfolge zu beschränken. Das Oberappellationsgericht in Parchim hat die entgegengesetzte Ansicht dadurch zu motiviren versucht, daß das ältere römische Recht eine formlose divisio, wie aus den Worten der L. 26. C. *fam. herc.* (III. 36.)

in dem bei v. Nettelbladt referirten Falle angenommen, sondern ist auch fortwährend vom Oberappellationsgericht in Cassel befolgt. Pfeiffer a. a. O. S. 102. 108. Rechtsfall Nr. 19. S. 112. fgg.

93) im 42sten Th. des Comment. §. 1483. S. 231. fgg. Auf eine genauere Begründung seiner Ansicht hat er sich freilich nicht eingelassen, offenbar weil ihm die entgegengesetzten Ausführungen der praktisch-casuistischen Literatur (Note 73.) entgangen waren.

94) Nov. 18. cap. 7. vgl. mit L. 1. C. Th. *fam. herc.* (II. 24.).

95) Vgl. über diesen Gesichtspunkt: L. 21. C. *fam. herc.* (III. 36.) vgl. mit L. 33. L. 20. §. 3. D. *eod.* (X. 2.) L. 8. pr. C. *de inoff. testam.* (III. 28.).

„licet ab intestato ad successionem liberi vocentur“ hervorgehe, nur „wenn kein früheres Testament vorhanden gewesen sei“ also mit anderen Worten nur bei der Intestaterbfolge gestattet habe, und daß dies durch die oben citirten beiden Novellen, welche rücksichtlich aller wesentlichen Bestimmungen der älteren Gesetzgebung nichts abgeändert hätten, bestätigt worden sei[96]). Allein dieser Argumentation liegen bedeutende rechtshistorische Irrthümer zu Grunde. Ich brauche in dieser Beziehung nur auf die im 44sten Theile des Comment. §. 1511. d. S. 329—332. enthaltene Darstellung über die Form der durch die Erblasser selbst vorzunehmenden Erbschaftstheilungen, und namentlich auf die S. 331. Note 68. citirten L. 30. §. 3. D. *de adimend. legat.* (XXXIV. 4.) L. 15. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.) zu verweisen, in welchen beiden Stellen uns gerade testamentarische, nach damaligem Recht natürlich formlose, eine Erbschaftstheilung enthaltende Codicille vorgeführt werden. Die bei der jenseitigen Argumentation vorzugsweise benutzte L. 26. C. *fam. herc.* (III. 36.) wollte aber offenbar keine Beschränkung dieses früheren Rechtszustandes, sondern vielmehr eine Erweiterung dahin einführen, daß jede väterliche Disposition, auch bei der Intestaterbfolge, selbst dann aufrecht erhalten werden solle, wenn dies nach den gewöhnlichen Grundsätzen nicht der Fall gewesen wäre. Dieser ältere Rechtszustand wurde nun durch die in §. 1512. S. 365. fgg. erklärten Constitutionen, welche die Codicillarform einführten, geändert[97]). Nach der richtigen Ansicht mußten von diesem Zeitpunkte

96) v. Nettelbladt a. a. O. S. 83. Nr. 5.

97) Die erste dieser Constitutionen, die L. 1. C. Th. *de testam. et codic.* (IV. 4.) erschien erst im J. 326., also 5. Jahre nach der im Jahre 321. publicirten L. 26. C. *fam. herc.* cit.

an auch Erbtheilungen in der Codicillarform vorgenommen werden[98]. Nur rücksichtlich des Vaters blieb es, im Sinne und Geiste der **L. 26. C.** *fam. herc.* cit. ganz bei dem früheren Rechte, wie Justinian uns selbst in **Nov. 18. cap. 7.** berichtet[99]. Wenn nun also der Vater bis dahin Erbschaftstheilungen für die testamentarische wie für die Intestaterbfolge ohne alle Form anordnen konnte, und Justinian statt dessen eine neue, auf sämmtliche Ascendenten zu erstreckende Form einführen wollte, so mußte er offenbar, wenn diese Form sich bloß auf die Intestaterbfolge erstrecken sollte, dies ausdrücklich hervorheben. Da er aber ganz allgemein redet, so müssen wir seine Verfügung auch auf beide Arten der Erbfolge zur Anwendung bringen, um so mehr, da bei dieser Interpretation, wie so eben genauer gezeigt wurde, die geringste Abweichung von dem bis dahin geltenden Rechte Statt findet[100]. Für diese Ansicht hat sich in

98) Mühlenbruch a. a. O. S. 166. Note 21.

99) Ueber das in **L. 21. §. 3. C.** *de testament.* **(VI. 23.)** enthaltene, mit Interpolationen aus **Nov. Theod. II. Lib. I. Tit. XVI.** entlehnte Privilegium der Eltern vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 161.

100) Das Parchimer Oberappellationsgericht hat seine Ansicht auch aus inneren Gründen zu rechtfertigen versucht. Justinian habe nämlich angenommen, daß in der Regel ein Vater unter seinen Kindern oder Enkeln die gesetzliche Erbfolge werde eintreten lassen, also nur aus besonders wichtigen Gründen eine testamentarische Anordnung mache. In dieser Voraussetzung habe er nicht gewollt, daß eine solche ernste und feierliche, auf voller und mehrmaliger Ueberlegung beruhende Handlung durch einen bloßen Privat-Aufsatz unwirksam gemacht werden könne; er habe vielmehr dazu die Beobachtung dessen erfordert, was sonst über Abänderung

der neuesten Zeit auch v. Buchholtz, ohne sie jedoch erschöpfend zu motiviren, erklärt[1]).

letzter Willensverordnungen vorgeschrieben sei. Anders sei es bei der Intestaterbfolge. Hier sei die Theilung als eine Handlung betrachtet, die unbeschadet der natürlichen und gesetzlichen Erbfolge, als eine Handlung unter Lebenden vorgenommen werde. — Allein dieser ganze Unterschied ist völlig haltlos. Denn eine divisio ändert niemals die Erbfolge d. h. die Erbquoten. Eine Theilung der Erbschaft ist aber gerade ein eben so großes Bedürfniß bei der testamentarischen wie bei der Intestaterbfolge, und eine verschiedene Behandlung wäre eine offenbare Inconsequenz. Den besten Beweis, daß es hier keine inneren Gründe zu einem Unterschiede giebt, liefert das fragliche Urtheil selbst, wenn es die hier in Betracht gezogene Argumentation mit den Worten schließt: „Daneben schien es natürlich, daß die Kinder den Willen ihrer Eltern ehren, und sich einer solchen im Voraus gesprochenen Theilung, auch wenn sie nicht ganz gleich wäre, ohne Streit fügen würden, und eben so ward dieser vermieden, wenn die Kinder selbst unter Genehmigung des Vaters die Disposition vornahmen." Denn wer wäre wohl im Stande zu läugnen, daß dieses Räsonnement für die testamentarische Erbfolge gerade eben so gut paßt, wie für die Intestaterbfolge?

1) Lehre von den Prälegaten (Jena 1850.) S. 235. Note 25. Er beruft sich nämlich zunächst auf Stellen, welche von einer im Testamente vorgenommenen resp. bestätigten divisio handeln. Allein die Frage lautet ja nicht allgemein: ob der Erblasser bei der testamentarischen Erbfolge eine Erbschaftstheilung anordnen könne? sondern speciell: ob eine solche auch bei der testamentarischen Erbfolge in der eigenthümlichen Form der divisio parentum inter liberos vorgenom-

Sehr belehrend über die bisher entwickelten Rechtsgrundsätze ist der von Nettelbladt a. a. O. S. 89—98. mitgetheilte Rechtsfall [2]). Die species facti war, nach der Nettelbladt'schen Darstellung folgende:

„In einem im J. 1821. errichteten Testamente setzte eine Wittwe ihren Sohn, eventualiter dessen Kinder, und die Kinder ihres verstorbenen Sohnes zu Erben ein. Der Nachlaß sollte ihnen nach Stämmen und nicht nach Köpfen zufallen. Am Schlusse des Testaments behielt sie sich vor, wegen des einen oder anderen Punktes Aenderungen vorzunehmen, und fügte hinzu: Es solle jede Aufzeichnung, die von ihr eigenhändig geschrieben, mit Jahreszahl, Tag und voller Namensschrift versehen sei, eben die Wirkung (haben) als ob sie buchstäblich hierin (in dem Testament) enthalten und niedergeschrieben wäre. Im December 1825. errichtete sie im Auslande eine anderweite Disposition, worin sie in Bezug auf vorstehende Reservation, Abänderungen ihres früheren letzten Willens machte, von denen hier nur interessirt [3]): daß der

men werden könne. Der von Buchholtz aber außerdem noch citirte Scholiast zu Basilic. Lib. LX. Tit. XLII. Const. 15. redet nur von der Erbschaftstheilung in einem testamentarischen Codicille.

2) Derselbe ist in erster Instanz von der Juristenfacultät in Erlangen, in zweiter Instanz von dem Oberappellationsgerichte in Parchim, und in dritter Instanz von einer nicht genannten Juristenfacultät beurtheilt.

3) Der Verfasser hätte hier freilich noch erwähnen sollen, daß die Erblasserin in dieser Disposition vom December 1825. unter Anderm auch, wie man aus dem 2ten Entscheidungsgrunde des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts zu Parchim auf S. 81. ersieht, die in dem Testamente vom 3. September 1821. festgesetzte

von ihrem im November 1821. verstorbenen Bruder auf sie gekommene Erbtheil ihrem Sohne ausschließend zufallen solle, ohne Verpflichtung, mit den Kindern seines verstorbenen Bruders zu theilen oder abzugeben, indem er ihr näher stehe, als dieser. Dagegen wurden ihm über 3000 Rthlr. Legate zu zahlen auferlegt. Geschrieben war das Testament und die Disposition anscheinend von der Erblasserin. Unterschrieben war die letztere mit vollständigem Vor= und Zunamen, das Datum aber, unter Beisetzung des Orts=Namens mit den Worten bemerkt: December 1825. Der bevorzugte Sohn ist nicht namentlich genannt, sondern folgendermaaßen bezeichnet: Mein jetzt noch lebender einziger Sohn, ausübender Arzt der Arzneigelehrsamkeit in N. N.[4]). Vorbehalten wurden auch hier Abänderungen, und dieser Vorbehalt besonders nochmal unterschrieben und besiegelt. Von dieser Disposition sandte die Erblasserin zwei gleichlautende Exemplare, das eine dem zum Erben eingesetzten Sohne, das andere einem Dritten mit der Verpflichtung: sie nach dem Tode gegen einander auszutauschen und dann zu eröffnen, was auch in Gegenwart eines Notarius und Zeugen geschehen ist." Nachdem sowohl der Sohn als die Enkel der Erblasserin die Erbschaft angetreten hatten, klagte der Erstere gegen den für die Letzteren bestellten **curator litis** darauf: daß die Aufzeichnung oder das Codicill der Mutter für die beklagten Bruderskinder rechtsverbindlich sei, also darnach die Erbtheilung über ihren Nachlaß Statt finden solle. In diesem Processe kam denn zur Sprache: ob die Verfügung vom December

Erbfolge für den Fall des früheren Ablebens ihres Sohnes abgeändert hatte.

4) Vergleiche die Bemerkungen bei und in Note 75. der vorigen Centurie über diesen Passus des Testamentes.

1825. als **testamentum parentum inter liberos**, oder als **divisio**, oder als ein gewöhnliches confirmirtes Codicill, oder als privilegirtes Codicill der Eltern unter Kindern aufrecht zu erhalten sei? Als Testament war dies nun zuvörderst in keinem Falle möglich. Denn die Erblasserin hatte gar nicht die Absicht gehabt, ein neues Testament zu errichten. Sie hatte die fragliche Verfügung unter ausdrücklicher Beziehung auf die ihrem Testamente einverleibte reservatorische Clausel errichtet, und erstere damit deutlich als einen bloßen Nachtrag oder als eine Ergänzung ihres Testamentes bezeichnet. Die in derselben getroffene bedingte Verfügung über die Universalsuccession[5]) war daher nicht im Stande, die Urkunde zu einem Testamente zu stempeln, hätte vielmehr höchstens als Universalfideicommiß aufrecht erhalten werden können. Ja selbst wenn die Erblasserin wirklich die Absicht, ein neues Testament anstatt des älteren zu errichten, gehabt hätte, so konnte die Urkunde doch nicht als **testamentum parentum inter liberos** aufrecht erhalten werden, weil das Datum nicht gehörig angegeben war[6]), und weil gerade dem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern die Kraft, ein bereits bestehendes gültiges Testament aufzuheben, durch die Notariatsordnung ausdrücklich abgesprochen ist[7]). Sieht man auf die Absicht der

5) Vergleiche darüber die Note 3.

6) Die Erblasserin hatte zwar die Worte: December 1825. beigefügt, allein den Tag der Errichtung, welcher namentlich bei Testamenten von großer Wichtigkeit werden kann, nicht angegeben. Dies konnte nach dem übereinstimmenden Urtheile aller 3. Instanzen nicht als eine gehörige Bezeichnung der Zeit, wie sie durch Nov. 107. cap. 1. vorgeschrieben ist, angesehen werden.

7) Siehe die Ausführung von Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1482. S. 230. fgg.

Erblasserin, so hatte letztere nach der Geschichtserzählung entschieden ein confirmirtes Codicill errichten wollen. Allein auch als solches war die Urkunde nichtig, weil die Erblasserin keine Zeugen zugezogen hatte, und nach der richtigeren, in §. 1513. f. genauer zu erörternden Theorie auch die confirmirten Codicille der gewöhnlichen Codicillarform unterworfen sind [8]). Dagegen würde die Verfügung, obgleich die Absicht der Erblasserin nur auf Errichtung eines gewöhnlichen und nicht eines privilegirten Codicilles gerichtet war, dennoch recht gut als ein privilegirtes Codicill der Eltern unter Kindern aufrecht zu erhalten gewesen sein [9]), wenn nicht auch hier der Mangel des Datums hindernd im Wege gestanden hätte [10]). So blieb denn als letzter Gesichtspunkt nur noch die **divisio parentum inter liberos** übrig. Die Form derselben war allerdings gewahrt; allein in materieller Beziehung konnte auch von diesem Gesichtspunkte kein Gebrauch gemacht werden, weil hier kein Act einer Erbschaftstheilung, sondern ein wahres Prälegat vorlag [11]). So wurde denn die fragliche Verfügung in allen 3. Instanzen, wenn gleich aus theilweise

8) Diese letztere Ansicht war auch in allen 3. Instanzen einstimmig adoptirt.

9) Die hier einschlagende Rechtsfrage wird in §. 1514. genauer besprochen werden.

10) Der Gesichtspunkt eines privilegirten Codicills war erst von der in letzter Instanz erkennenden Juristenfacultät hervorgehoben. Nettelbladt a. a. O. S. 93.

11) In den beiden ersten Instanzen war dieser Grund mehr nur beiläufig ausgeführt, und das Hauptgewicht auf die oben widerlegte Ansicht, daß die divisio nur bei der Intestat= nicht aber bei der testamentarischen Erbfolge zuläßig sei, gelegt.

verschiedenen Entscheidungsgründen [12]) für nichtig erklärt.

Das bisher dargestellte römische Recht ist aber durch die Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 2. erweitert worden, indem die letztere auch ein **mündliches** testamentum parentum inter liberos vor zwei Solennitätszeugen zugelassen hat [13]). Dadurch haben wir denn auch wieder ein mündlich privilegirtes Codicill der Eltern unter Kindern vor zwei Solennitätszeugen, und zugleich, da in einem solchen Codicille auch eine Erbschaftstheilung, entweder in Verbindung mit sonstigen letztwilligen Anordnungen, oder auch allein vorgenommen werden kann, auch eine der schriftlichen divisio entsprechende mündliche privilegirte Form für Anordnungen von Erbschaftstheilungen gewonnen, was freilich von den meisten Schriftstellern vollkommen ignorirt wird [13a]).

Zu den privilegirten Codicillen dieser Classe könnten nun in gewisser Beziehung auch noch das s. g. testamentum posterius imperfectum und das s. g. Oralfideicommiß gerechnet werden. Allein die ausführlichere Besprechung des ersteren wird passender bis zu §. 1514. a. verschoben, und das von **Hellfeld** erst in §. 1523. bei der Lehre von den Vermächtnissen abgehandelte Oralfideicommiß kann auch sehr wohl bis dahin ausgesetzt bleiben, zumal ich die **Hellfeld**'sche Anordnung, als den durch das Labyrinth des Commentars führenden

12) Die bedeutendsten dieser Abweichungen sind bereits beiläufig erwähnt. Vgl. z. B. die vorhergehende Note 11. und die Note 75. der vorigen Centurie.

13) **Mühlenbruch** im 42sten Th. des Comm. §. 1482. S. 224. fgg.

13a) Ein mündlich privilegirtes Codicill läßt Lüd. Mencken l. c. Th. II. pag. 6. Th. XXI. XXV. schon nach römischem Rechte zu.

Faden der Ariadne, nicht ohne die größte Noth Preis geben möchte.

So bleiben denn jetzt nur noch die der zweiten Classe angehörigen privilegirten oder außerordentlichen Codicille zu betrachten übrig, welche von den Betheiligten die Beobachtung größerer Formalitäten als bei dem s. g. solennen Privatcodicille verlangen, und deshalb die Anwendung des letzteren für diese Personen ganz ausschließen. Dahin gehört

1) das Codicill eines Blinden. Daß hier durch die Worte: **Quae in eundem modum erunt observanda, quamvis non heredes instituere, sed legata solum vel fideicommissa et in summa quae codicillis habentur congrua duxerint ordinanda** der **L. 8. C.** *qui testamenta* **(VI. 22.)** für das Codicill gerade die nämliche Form wie für das Testament vorgeschrieben wurde, und zwar nicht als eine Singularität in befehlenden Worten, sondern als eine natürliche Folge der vorhergehenden Bestimmungen über die Testamentsförmlichkeiten, mithin als Ausfluß unseres obigen Principes, ist bereits in §. 1512. a. S. 401. bemerkt. Es müssen daher sieben Zeugen und ein Notar, oder falls kein solcher vorhanden ist, ein achter Zeuge zugezogen werden[14]. Dieser hat sodann

14) Diese Ansicht ist auch bereits von Glück im 34sten Theile des Commentars §. 1406. d. S. 38—44. weitläufig vertheidigt. Ich kann in dieser Beziehung auf Glück's Ausführungen, welche nun durch unser oberstes Princip über die Form der Codicille wesentlich unterstützt und ergänzt werden, verweisen. — In der späteren Literatur sind übrigens die Stimmen noch immer getheilt geblieben. Als Anhänger der diesseitigen Meinung haben sich bekannt: Thibaut System der Pandekten §. 934. Note u. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Th. §. 723. Note 3. Seuf-

den von dem Blinden erklärten Inhalt des Codicills, nachdem namentlich die honorirten Personen so genau geschildert und beschrieben sind, daß über deren Identität kein Zweifel bleibt, in Gegenwart der Zeugen niederzuschreiben, oder den bereits niedergeschriebenen vorzulesen, und sodann, nach erfolgter Bestätigung der Richtigkeit des Inhalts durch den Erblasser, mit den Zeugen zu unterschreiben und zu signiren[15]).

Die bei diesem außerordentlichen Testamente für Testament und Codicill vorgeschriebene Identität der Form muß nun consequenterweise

2) auch bei dem schriftlichen[16]) Codicille eines Schreib-

fert praktisches Pandektenrecht §. 601. Note 9. Roßhirt das gemeine Civilrecht 3ter Bd. §. 617. S. 156. Note 3. Mackeldey Lehrbuch §. 702. Note d. Danz in der Gießner Zeitschrift 9ter Bd. S. 229. fgg. Lang Lehrbuch des Justinianischen Römischen Rechts (2te Aufl.) §. 418. a. E. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Bd. 1ste Abth. Erbrecht. Kap. 3. zu Fr. 5. S. 529. fgg. Arndts in Weiske's Rechtslexikon 6ter Th. S. 291. Note 93. (in dessen Lehrbuch der Pandekten (München 1852.) ist das Codicill des Blinden nicht erwähnt). Sintenis' das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. S. 391. Note 17. — Dagegen erfordern nur 5. Zeugen und einen Notar oder resp. sechsten Zeugen: v. Wening-Ingenheim Lehrbuch V. §. 132. not. e. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's röm. Privatrechte 5ter Bd. S. 286. Note 1. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. S, 557. Note 4. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Bd. S. 425.

15) Ueber diese Nothwendigkeit des Siegelns vgl. §. 1513. c. S. 36. fgg.

unkundigen, oder eines aus physischen Gründen z. B. wegen Lähmung der Hand Schreibunfähigen[17]) zur Anwendung gebracht werden, so daß bei deren Testamenten und Codicillen die Zuziehung von 7. Zeugen und eines octavus subscriptor als nothwendiges Erforderniß erscheint[18]). Inconsequenterweise begnügen sich hier aber auch Schriftsteller, welche für die Codicille der Blinden sieben Zeugen und einen Notar oder resp. achten Zeu-

16) Wenn der des Schreibens Unkundige oder Unfähige ein mündliches Codicill errichtet, so müssen natürlich fünf Zeugen als genügend angesehen werden.

17) Die Worte der Notariats-Ordnung Tit. von Testamenten §. 7. „oder wo er nicht schreiben könnt, oder alsdann nicht möcht" sind wohl hin und wieder so erklärt, daß Jeder, welcher keine Lust hätte zu unterschreiben, dafür einen octavus subscriptor zuziehen könne. Allein der Ausdruck „nicht möcht" bezieht sich nicht auf das Mögen als Lust, sondern auf das Vermögen als die Kraft zu unterschreiben, wie aus den Worten der L. 21. pr. C. *de testam.* (VI. 21.) „quodsi literas testator ignoret, vel subscribere nequeat und der L. 29. C. *eod.* „si vires habeat ad scribendum" und „sin autem forsitan ex morbi acerbitate hoc facere minime potuerit" so wie den ganz ähnlichen Ausdrücken der L. 30. C. *eod.* hervorgeht, indem die Notariatsordnung offenbar nur den Inhalt der L. 21. pr. C. cit. wiedergeben wollte. Vgl. die genaueren Ausführungen bei Oesterley das deutsche Notariat 2ter Th. S. 529. fgg.

18) Die gewöhnliche Ansicht ist freilich, daß 5. Zeugen und ein sextus subscriptor genügen. Vgl. z. B. Brunnemann ad L. ult. C. *h. t.* Nr. 17. *B.* Carpzov Decis. P. II. Dec. 147. Nr. 8. *B.* Lynker Res. 601.

gen verlangen, mit sechs Zeugen[19]). Ja diejenigen, welche die Nothwendigkeit der Unterschrift des Codicills durch den Erblasser läugnen, erfordern überhaupt nur 5. Zeugen, weil die Unterschrift des subscriptor nur ein Surrogat für die Unterschrift des Erblassers sei, und daher wegfallen müsse, wo die letztere nicht erfordert werde[20]).

Die Gesetzgebung hätte allerdings sehr wohl festsetzen können, daß die Zuziehung eines sechsten Zeugen bei dem Codicille der Blinden, Schreibunkundigen oder Schreibunfähigen genügen solle. Ja man kann selbst einräumen, daß dies bei der Verschiedenheit der Zahl der Zeugen, welche zu den regelmäßigen Testamenten und Codicillen zuzuziehen sind, dem natürlichen Rechtsgefühle angemessener erscheine, als die hier adoptirte strengere Ansicht. Allein wo die Worte so klar sind wie in der **L. 8. C.** *qui testam.* **(VI. 22.)** und in der Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. **11.**, wo wir ferner aus dem historischen und systematischen Elemente der Interpretation ein auch den fraglichen Fall umfassendes Princip abzuleiten und nachzuweisen im Stande sind, da kann dem natürlichen Rechtsgefühle keine entscheidende Stimme eingeräumt werden. Die Mängel der Gesetzgebung hat der Richter nicht zu vertreten, aber auch nicht zu verbessern.

19) Seuffert praktisches Pandektenrecht §. 601. in Note 6.

20) Lang Lehrbuch des Justinianisch-Römischen Rechts §. 418. a. E. Dagegen erfordert z. B. MÜLLER **Promt. jur. T. II. s. v. codicillus Nr. 11.** einen 6ten Zeugen, obgleich er die Unterschrift des Erblassers unter das Codicill nicht für nothwendig hält.

§. 1513. f.

Streitfragen über die Form der bestätigten Codicille[21]).

Während die hinsichtlich der öffentlichen und privilegirten Codicille vorzunehmende Restrictivinterpretation

21) *J. H.* Böhmer (Resp. Hülsemann) Disputatio de codicillis absque testibus validis. Halae 1707., (2te Aufl. 1724., 3te Aufl. 1728.), auch in *J. H.* Böhmer Exercit. ad Pand. T. V. (Hannov. et Goetting. 1762.) als Exercitatio 78. aufgenommen. *Em.* Dunius de veteri ac novo jure codicillorum commentarius atque de solenni V. testium numero in codicillis vel testamento confirmatis. Romae 1752. (Diese Schrift besteht aus 3. Abschnitten, nämlich zuerst einer Abhandlung de veteri ac novo jure codicillorum commentarius (p. 1—183.), sodann der eigentlichen Streitschrift gegen Böhmer: Disputatio consectaria de solenni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis adversus J. H. Boehmerum (p. 184—248.) und endlich aus dem Abdrucke der Böhmer'schen Disputation mit daruntergesetzten Anmerkungen (p. 249 — 322.). *G. L.* Böhmer de quatuor modis Codicillos conficiendi. Ad locum Pauli in L. 8. pr. D. de jure Codicillorum. Goetting. 1762. (Dieses aus 10. Paragraphen bestehende Programm ist unverändert abgedruckt in *G. L.* Böhmer Electa juris civilis. Goetting. 1767. Exerc. VIII. Dagegen findet sich ein veränderter d. h. mit einem Einleitungs- und sieben Schlußparagraphen, welche letztere die Polemik gegen Dunius enthalten, vermehrter Abdruck als Praefatio vor dem von Georg Ludwig Böhmer herausgegebenen oben citirten 5ten Bande der Exercitationes seines Vaters J. H. Böhmer. Nur diesen letzteren Abdruck werde ich künftig citiren). Westphal rechtliche Abhand-

der L. 8. §. ult. C. *h. t.* allgemeine Anerkennung gefunden hat, so ist eine andere, demselben Gebiete angehörige, und eben deshalb in dem Bisherigen noch nicht berührte Frage: ob nämlich die Form der L. 8. §. ult. C. *h. t.* auch auf die bestätigten Codicille zur Anwendung zu bringen sei? auf Veranlassung der in Note 21. angeführten Dissertation von J. H. Böhmer zu einer der berühmtesten Streitfragen in unserer Lehre geworden. Die von J. H. Böhmer vertheidigte Ansicht, daß die

lung von der Rechtskraft derer Codicille, welche in einem darneben vorhandenen Testamente bestättiget sind. Halle 1778. G. H. Lehr Erörterung der Frage: Ob bei den in einem Testament bestätigten Codicillen Zeugen nöthig seien? Darmstadt 1791. v. Reiche in Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminal-Rechtspflege im Königreich Hannover 1ster Bd. 3tes Heft (Hannover 1836.) S. 401—417. — Aus der casuistischen Literatur verdienen Hervorhebung: Westphal Rechtsgutachten und ausgesuchte Erkenntnisse des bürgerlichen Rechts 2ter Bd. (Halle 1792.) Nr. 59. S. 71—78. v. Nettelbladt Rechtssprüche des Oberappellationsgerichts zu Parchim 4ter Band. (Berlin 1834.) Abh. 69. S. 84—91. W. v. Pufendorf's Observationen über Gegenstände des Civil- und Proceßrechts herausgegeben von L. Schmidt (Celle 1841.) 12te Observation S. 55—73. (Bruchstück aus einer Relation beim Oberappellationsgericht in Celle). — Dagegen ist die neueste beiläufige Erörterung der Gründe für und gegen Bejahung der obigen Streitfrage, ohne eigene Entscheidung, bei Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 6ter Th. 3tes Heft (Cassel 1851.) S. 458. Note 19. höchst unbefriedigend und der beste Beweis, daß eine gründliche Erörterung gegenwärtig Noth thut.

bestätigten Codicille keiner Form bedürften, war übrigens keineswegs neu. In der Praxis hatte man sie schon längst befolgt[22]; in der Theorie dagegen hatte sie wenig Anerkennung gefunden[23]. Dies änderte sich aber durch die Böhmer'sche Dissertation, welche, wie es scheint, durch ein von Sam. Stryk im J. 1705. abgegebenes und dem J. H. Böhmer mitgetheiltes, von ihm auch in Cap. I. §. 32. seiner Dissertation vollständig abgedrucktes Rechtsgutachten[24] veranlaßt wurde. Von jetzt an wurde es in den juristischen Schriften des 18ten Jahrhunderts ein stehender Rechtssatz, daß die bestätigten Codicille an keine Form gebunden seien[25], ein Grundsatz, welcher nun natürlich in der Praxis um so festeren Boden faßte[26]. Ja mehrere Juristen gingen selbst noch

22) Siehe die Nachweisungen bei Note 3—8. der folgenden Centurie.

23) Der berühmteste Vertheidiger derselben war *H.* Donellus Commentarii de jure civili Lib. 7. Cap. 19. nr. 9. Ihm waren *Arn.* Vinnius Comment. ad Inst. §. ult. h. t. nr. 2. und Hunnius Resolutiones ad Treutlerum Vol. II. Disp. X. Th. 8. gefolgt.

24) Dasselbe steht auch in Stryk Usus modern. Pand. h. t. §. III.

25) Stryk not. 24. cit. *J. H.* Böhmer introductio in jus Digestor. h. t. §. Heineccii antiquit. jur. rom. h. t. §. 16. Hellfeld h. §. not. m. C. F. Walch introductio in controv. jur. civ. (ed. 3.) Sect. 2. Cap. 4. Membr. 3. §. 40. p. 336. sq. *J. E. J.* Müller Promtuar. jur. P. II. s. v. Codicill. p. 1208. Nr. 8. Hofacker Principia juris T. II. §. 1570. not. e. Haubold ad Berger Oec. jur. Lib. II. Tit. IV. Th. 36. not. k. Malblanc princ. jur. rom. T. II. P. II. §. 729. not. o. Günther Principia jur. T. II. §. 728. not. c.

26) J. St. Pütter in einem bei Thon gesammelte Rechts-

weiter und nahmen die Formlosigkeit sogar für alle testamentarischen Codicille, bestätigte wie unbestätigte, in Anspruch[27]). Inzwischen war im J. 1752. ein italienischer

fälle (Ilmenau 1827.) S. 50—56. abgedruckten Rechtsgutachten vom J. 1782. (Hymmen) Beiträge zu der juristischen Literatur in den Preußischen Staaten 4te Samml. (Berlin 1780.) S. 52—59. (Praxis des Cammergerichts und Tribunals zu Berlin.) Matthis Allgemeine Juristische Monatsschrift für die Preußischen Staaten 6ter Bd. (Berlin 1808.) S. 209—214. (Urtheil des Cammergerichts zu Berlin). — Für diese Ansicht hatte sich auch die Preußische Gesetzcommission vermöge Hofrescripts vom 3. Sept. 1781. entschieden, und der damaligen Praxis verdankt der §. 35. des Anhangs zum Allgemeinen Preußischen Landrechte seine Entstehung. Bornemann Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts 6ter Bd. S. 68. fgg.

27) Sam. Cocceji Jus civile controv. h. t. qu. 2. Thomasius in Huberi Praelect. ad Inst. h. t. §. 3. Ayblinger Commentarius in 50. libr. Dig. h. t. Nr. 16. Claproth Abhandlung von Testamenten, Codicillen u. s. w. §. 71. S. 247. Madihn Princip. jur. Tom. II. (ed. 3.) §. 504. not. b. (Lickefett) Handbuch des bürgerlichen Rechts in Deutschland 6ter Th. S. 167. fgg. — Titius jus privat. Lib. VII. Cap. 3. §. 30. erwähnt zwar diese Ansicht, neigt sich aber mehr zu der strengeren. — Von den neueren Juristen steht Bachofen ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts (Bonn 1848.) S. 320. fgg. auf dieser Seite, und Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Th. S. 679. fg. behauptet wenigstens, daß die L. 7. §. 2. C. Th. *h. t.* sich ursprünglich nur auf Intestatcodicille bezogen habe, und erst durch die Interpolation der Justinianeischen Compilatoren auf alle Arten der Codicille ausgedehnt sei.

Advocat *Em*. Dunius gegen J. H. Böhmer mit der in Note 21. genauer geschilderten geharnischten Streitschrift aufgetreten. Dieselbe überschritt allerdings in den Ausdrücken das Maaß einer wissenschaftlichen Streitschrift; allein in der Sache selbst hatte sie das Recht vollkommen auf ihrer Seite. Georg Ludwig Böhmer suchte zwar in kindlicher Pietät seinen Vater Just. Henning zu vertheidigen. Allein seine Vertheidigung zeigte doch, wider Willen, die Schwäche der Böhmer'schen Ansicht im hellsten Lichte. Die letztere wurde daher vom Ende des vorigen Jahrhunderts an von einem Schriftsteller nach dem andern entweder stillschweigend verlassen[28]), oder mit ausdrücklichen Worten verworfen[29]), so daß gegen=

28) Hieher sind diejenigen Juristen zu rechnen, welche die Form der L. 8. §. ult. C. *h. t.* anführen, und nirgends eine Ausnahme für die bestätigten Codicille machen. Dabelow Pandekten 2ter Bd. §. 1108. not. 10. Wittich System des heutigen Civilrechts 2ter Bd. §. 369. not. b. Bucher System der Pandekten 3te Ausg. §. 413. Note 1. Hunger das römische Erbrecht; ferner die Institutionenlehrbücher von Marezoll, Christiansen und v. Scheurl.

29) Bauriedel theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten (nach Hellfeld) 2ter Bd. ad h. t. S. 307. Thibaut System des Pandekten-Rechts §. 934. not. x. und dazu Braun's Erörterungen (d. h. Thibauts Dictate) zu §. 783. ad voc. als zum Beweise nöthig sind. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 702. not. d. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2ter Bd. §. 1175. Anm. 2. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 53. not. f. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandekten-Rechts 3ter Th. §. 729. in Note 10. D. A. Seuffert prakt. Pandektenrecht 3ter Th. §. 601

wärtig die der Böhmer'schen entgegengesetzte Ansicht nicht bloß in der Theorie[30]), sondern auch in der Praxis herrscht[31]), welcher letztere Punkt sowohl Göschen[32])

Note 3. M. Valett Lehrbuch des prakt. Pandekten-Rechts 3ter Th. §. 1111. Note 59. Meier in der Fortsetzung von Schweppe's römischem Privatrechte 5ter Th. §. 890. S. 284. Note 5. v. Vangerow Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen 2ter Bd. §. 526. S. 452. fgg. Nr. III. Lang Lehrbuch des Justin.-Römischen Rechts (2te Aufl.) §. 418. Note a. Sintenis das prakt. gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 706. Anm. 7. Nr. 6. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 545. bei not. b. und Desselben Artikel Legat in Weiske's Rechtslexikon 6ter Bd. S. 290. Siehe außerdem die §. 1509. Note 1. angegebenen monographischen Darstellungen von Westphal 2ter Bd. S. 1305. Roßhirt 1ster Th. S. 22—27. Witte S. 680. Note 69.

30) Der Böhmer'schen Theorie sind nur noch zugethan v. Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze 2ter Th. 6te Hauptabtheil. 2tes Hauptstück §. 4. W. H. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht streitigen bürgerlichen Rechtssachen 2ter Th. §. 250. Hugo Lehrbuch des heutigen römischen Rechts 7te Auflage S. 219. Konopak Institutionen §. 383. not. g. v. Hartitzsch Erbrecht §. 368. Note b. — Der eigenen bestimmten Meinung enthalten sich: Höpfner Institutionencommentar §. 626. (Lieckfeldt) Handbuch des bürgerlichen Rechts in Deutschland 6ter Th. S. 106. fgg. Schweppe römisches Privatrecht (2te Aufl.) §. 890. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. §. 1004. S. 561.

31) Für die diesseitige Ansicht haben sich in Urtheilen erklärt die Oberappellationsgerichte zu Jena (bei H. A.

wie v. Vangerow[33]) entgangen ist, welche noch heutzutage von einer weitverbreiteten Praxis nach Böhmer's

Müller Zeitschrift für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege im Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach 1ster Bd. 1stes Heft S. 47.); Parchim (siehe §. 1513. e. S. 89. Note 8.); Celle (Juristische Zeitung für Hannover 12ter Jahrg. 2tes Heft. Nr. 31. Das Urtheil findet sich auch abgedruckt in der Sammlung interessanter Rechtsfälle aus dem Gebiete des gemeinen Rechts. Braunschweig 1838. 1stes Heft Nr. 85. S. 366. fgg. und in W. v. Pufendorfs Observationen (siehe Note 21.), auszugsweise in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 1ster Bd. Nr. 358. S. 393. fg.); Darmstadt (Emminghaus Corp. jur. germ. 2te Aufl. S. 935. Nr. VII. und Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte 2ter Bd. Nr. 314. S. 393.). Außerdem hat sich auch, wie ich durch gefällige Mittheilung von meinem Schwager Oberappellationsrath du Roi erfahren habe, das Oberappellationsgericht in Lübeck für diese Ansicht erklärt. Aus eigener Kenntniß kann ich endlich noch die Praxis des Oberappellationsgerichts in Wolfenbüttel und des Schöppenstuhls in Jena anführen. — Nur das Oberappellationsgericht in Dresden hat noch am 9ten Febr. 1839. nach der Böhmer'schen Ansicht erkannt. Siehe die Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen herausgegeben von Tauchnitz und Richter Neue Folge 3ter Bd. S. 284. Nr. 18. (wieder abgedruckt in Ackermann Rechtssätze und Erkenntnissen des Königl. Oberappellationsgerichts zu Dresden Nr. 100. S. 140. fgg.).

32) Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. §. 1004. S. 561.

33) Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Bd. S. 452.

Auctorität reden, während schon längst ein Umschwung der Rechtsansichten in der Praxis vor sich gegangen ist. Alles dies gilt indessen nur von den für die Zukunft bestätigten Codicillen. Denn die in praeteritum confirmirten sind auffallenderweise gar nicht in den Streit hineingezogen worden, obgleich sich auch in dieser Hinsicht mehrere interessante Fragen darbieten.

Fassen wir zuerst die in futurum confirmirten Codicille ins Auge, so brauchen wir uns zur Begründung der Ansicht, daß auch diese Codicille der Form der L. 8. §. ult. C. *h. t.* unterworfen sind, nur auf die allgemein lautenden Worte dieser unsrer Hauptconstitution über die Form der Codicille: **In omni autem ultima voluntate, excepto testamento quinque testes . . debent adhiberi** zu berufen. Denn ein bestätigtes Codicill ist entschieden eine **ultima voluntas**, aber kein Testament. Testamente und Codicille werden vielmehr nicht bloß in abgesonderten Titeln in den Institutionen, Pandekten und Codex abgehandelt, sondern unendlich häufig auch geradezu in einen solchen Gegensatz gebracht, wo nicht der leiseste Zweifel darüber herrschen kann, daß unter den Ausdruck Codicill alle einzelne Arten derselben, mithin auch die bestätigten, zu subsumiren sind [34].

Außer diesem feststehenden Sprachgebrauche sind aber auch noch alle übrigen Elemente der Interpretation für die diesseitige Ansicht entscheidend. In historischer Beziehung wird hier vor Allem die Vergleichung unseres Textes mit der Originalconstitution wichtig. Im Allgemeinen muß hier zwar auf die Ausführungen in §. 1512. a.

34) Ich will nur, statt zahlreicher Beweisstellen, auf §. 2. J. *h. t.* verweisen: **Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum** und auf L. 7. C. *h. t.* (VI. 36.) verweisen.

S. 392. fgg. verwiesen werden. Insbesondere ist aber an diesem Orte der Umstand hervorzuheben, daß in der Originalconstitution die Codicille ausdrücklich erwähnt werden, indem Testament (prätorisches und Civiltestament) Codicill und non scripta voluntas ultima zusammengestellt werden[35]). Daß nun bei dieser Zusammenstellung das bestätigte Codicill unter den Gattungsbegriff codicilli gehörte, kann auch nicht mit einem Scheine Rechtens bezweifelt werden. Die ultima voluntas in der Justinianeischen Fassung dieser Constitution, im Gegensatze zu dem Testamente, ist aber augenscheinlich nichts weiter als ein anderer Ausdruck für die schriftlichen wie mündlichen Codicille. Die Geschichte der Formen der Codicille giebt uns außerdem den erwünschtesten Aufschluß über die ratio legis. Wir haben in §. 1512. S. 366. fgg. gesehen, daß die mit der Formlosigkeit der Codicille verbundene Gefahr die christlichen Kaiser zu den dort genauer besprochenen Reformen, als deren Schlußpunkt sich unsere L. 8. §. ult. C. *h. t.* darstellt, veranlaßt hat. Diese Gefahr war aber nicht minder bei den bestätigten wie bei den unbestätigten Codicillen vorhanden. In logischer Beziehung steht daher bei der diesseitigen Auffassung die ratio legis mit den Worten im vollsten Einklange. Damit stimmt dann ferner das systematische Element vollkommen überein, indem die verschiedensten Aeußerungen Justinians zu demselben Resultate hinführen. Abgesehen davon, daß in L. ult. C. *de mort. causa donat.* (VIII. 57.) augenscheinlich die Voraussetzung zu Grunde liegt, daß die Errichtung vor 5. Zeugen die allgemeine Form für die ultima voluntas, mit Ausnahme des Testamentes, sei[36]), so reden auch die drei

35) Die Erklärung der einzelnen Ausdrücke siehe in §. 1512. S. 386. Note 24.

Justinianeischen Verordnungen aus den Jahren 530. und 531.[37]), in welchen die Nothwendigkeit der Zuziehung von 5. Zeugen zu einem Codicille erwähnt wird, ganz allgemein, und keineswegs nur von bestätigten Codicillen, und wenn Justinian, bei Gelegenheit der Darstellung des s. g. Oralfideicommisses[38]) sich der Worte: **et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, possit res manifestari** u. s. w. bedient, so kann es offenbar keinen Unterschied machen, ob das Fideicommiß in einem unbestätigten oder in einem bestätigten Codicille angeordnet ist, indem Justinian widrigenfalls nicht hätte sagen können und dürfen, daß die Zahl von 5. Zeugen die für Fideicommisse gesetzlich vorgeschriebene sei. Außerdem erfordert aber auch die Notariatsordnung Tit. von Testamenten §. 2.[39]) ganz allgemein für Codicille, ohne irgend eine Beschränkung oder Unterscheidung, die Zuziehung von fünf Zeugen.

Wollen demnach die Gegner die Anwendbarkeit aller dieser allgemein lautenden Rechtsnormen auf die bestätig-

36) Daß die in L. ult. C. cit. vorgeschriebene Form weiter nichts als die gewöhnliche Codicillarform sei, hat überzeugend nachgewiesen v. Savigny System des heutigen römischen Rechts 4ter Bd. §. 172. S. 263—265.

37) L. 28. §. 1. C. *de testam.* (VI. 23.), abgedruckt in §. 1513. c. S. 23. L. 1. §. 1. 2. C. *de latin. libert. toll.* (VII. 6.) L. ult. C. *de fideicommissis* (VI. 42.). Vergleiche die Bemerkungen über diese Stellen in §. 1512. a. S. 405. Note 63.

38) §. ult. J. *de fideicomm. heredit.* (II. 23.) Vgl. §. 1512. a. S. 405. fgg.

39) Dieser §. 2. findet sich vollständig abgedruckt in §. 1512. a. S. 415. fgg.

ten Codicille in Abrede stellen, so können sie dies nur auf dem Wege der Restrictivinterpretation thun. Da eine solche aber stets einer besonderen Rechtfertigung bedarf, so löst sich für die Gegner die allgemeine Frage: ob die bestätigten Codicille der Form der **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* unterworfen sind, nunmehr in die speciellere auf: ob genügende Gründe zu einer Restrictivinterpretation der obigen Worte im Sinne der Gegner vorliegen? Dies muß aber entschieden geläugnet werden, da alle Gründe der Gegner auf das Evidenteste widerlegt werden können. Für die jenseitige Meinung hat man nämlich geltend gemacht

Erstens: diejenigen Stellen, in welchen die codicillarrechtliche Fiction als Princip aufgestellt[40]) oder in einzelnen Anwendungen durchgeführt wird[41]). Die Gegner gehen hierbei davon aus, daß die codicillarrechtliche Fiction eine Eigenthümlichkeit der bestätigten Codicille sei[42]), und

40) L. 2. §. 2. und L. 14. pr. D. *h. t.*, erstere in §. 1511. c. S. 234. fg. S. 237—246., letztere ebendaselbst S. 263—270. erläutert. Auf diese Stelle berufen sich sämmtliche Gegner Donellus l. c. *J. H.* Böhmer Cap. I. §. 17. *G. L.* Böhmer l. c. §. 7. und Lehr a. a. O. §. 8.

41) So beruft sich *G. L.* Böhmer in §. 8. not. l. noch auf die in §. 1511. c. S. 235—237. erläuterte L. 8. §. 5. D. *h. t.* Man könnte hieher auch die von J. H. Böhmer in Cap. I. §. 17. citirte und unten bei Note 68. erläuterte L. 3. pr. D. *de testam. tut.* rechnen.

42) G. L. Böhmer §. VII. pag. XI. nimmt sogar keinen Anstand die L. 2. §. 2. D. *h. t.* mit den cursiv gedruckten Worten: **quaecunque in codicillis confirmatis scriberentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent** wiederzugeben, obgleich das Wort confirmatis in der Stelle gar nicht vorkommt. —

schließen dann einfach folgendermaaßen: Wenn fingirt wird, daß die in dem bestätigten Codicille getroffenen Verfügungen schon in dem Testamente selbst gestanden haben, so können einzig und allein nur die Testamentssolennitäten in Betracht kommen, wie dies rücksichtlich der wirklich im Testamente enthaltenen Verfügungen der Fall ist. Lehr a. a. O. §. 12—15. insbesondere S. 11. legt vorzugsweise darauf das Gewicht, daß die codicillarrechtliche Fiction auch auf die s. g. active Testamentifaction zur Anwendung gebracht sei[43]), und daß „die Befugniß zu testiren bei Errichtung eines Codicilles ungleich wichtiger als die Zuziehung der Zeugen sei", indem die erstere wesentlich nothwendig, die letztere aber im älteren Rechte überall nicht, und im neueren wenigstens bei dem s. g. Oralfideicommisse nicht erforderlich sei.

Das Wesen dieser codicillarrechtlichen Fiction ist bereits in §. 1511. c. S. 233—305. ausführlich entwickelt, und muß in dieser Beziehung auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. An diesem Orte ist aber das Verhältniß der codicillarrechtlichen Fiction zu unserer L. 8. §. ult. C. *h. t.*, als einer der Cardinalpunkte bei der vorliegenden Streitfrage, genauer festzustellen. Für die älteste Zeit, wo nur erst den bestätigten Codicillen juristische Wirkung beigelegt war[44]), muß die co-

Sonderbarerweise meint G. L. Böhmer, man dürfe hier nicht von einer Fiction sprechen §. VII. not. y. §. VIII. not. m. Allein der Grundsatz codicillorum jus est singulare, ut quaecunque in his scribentur etc. ist der Sache nach weiter nichts als eine Fiction.

43) Er citirt die in §. 1510. S. 59—70. erläuterte L. 8. §. 3. D. *h. t.* und die ebendaselbst S. 54—58. besprochene L. 12. §. 5. D. *de captivis* (XLIX. 15.)

44) Pr. J. *h. t.*, erläutert in §. 1509. S. 9—15, und die geschichtlichen Bemerkungen auf S. 19. daselbst.

dicillarrechtliche Fiction allerdings als das leitende Princip, in Folge dessen die Codicille ihren formellen und materiellen Rechtsbestand aus dem Testamente entlehnten, betrachtet werden. Dies beweist nicht nur die von Augustus dem versammelten Rathe der Rechtsgelehrten vorgelegte Frage: **an posset hoc recipi nec absonans a juris ratione codicillorum usus esset**[45]), sondern auch der von Sabinus und Cassius aufgestellte Grundsatz: **codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem juris inde traditam servant**[46]). Allein schon Proculus ließ für einzelne Arten letztwilliger Verfügungen Ausnahmen von dieser codicillarrechtlichen Fiction zu[47]). Der Kreis dieser Ausnahme bildete sich allmählig zu dem in §. 1511. c. S. 256. für diese Ausnahmsfälle aufgestellten Principe aus. Regel und Ausnahmen wurden dann auf die später zugelassenen unbestätigten Codicille übertragen[48]), bis zuletzt die Intestatcodicille aufkamen[49]). Bei diesen konnte aber natürlich von der codicillarrechtlichen Fiction gar keine Rede mehr sein, weder vermöge der Regel noch vermöge einer Ausnahme. Damit war aber der Zusammenhang der Formlosigkeit der Codicille mit der codicillarrechtlichen Fiction völlig durchbrochen. Für das System der juristischen Classiker muß deshalb der allgemeine selbstständige Rechtsgrundsatz: die Codicille sind formlos[50]), aufgestellt werden, und wir können für diesen Zeitraum der codicillarrechtlichen Fiction nur noch eine materielle Bedeutung zuschreiben. Aber auch diese war nur noch

45) Pr. J. cit.

46) L. 14. pr. D. *h. t.* in §. 1511. c. S. 263—270.

47) In L. 14. pr. D. cit. selbst.

48) Vgl. §. 1509. S. 19. und §. 1511. c. S. 289—305.

49) Vgl. §. 1509. S. 19—21.

50) Vgl. die Bemerkung in §. 1511. c. S. 234. Note 5.

von geringem Umfange, indem die codicillarrechtliche Fiction gerade in den meisten und wichtigsten Fällen eines bestätigten Codicills, welche in unseren Quellen erwähnt werden[51]), nicht zur Anwendung gebracht wurde. Wollte man aber auch der codicillarrechtlichen Fiction zur Zeit der juristischen Classiker noch eine formelle Bedeutung zugestehen, so hätte J. H. Böhmer doch jedenfalls einräumen müssen, daß alle diejenigen Verfügungen in einem bestätigten Codicille, auf welche, nach den obigen Stellen, die codicillarrechtliche Fiction nicht zur Anwendung gebracht wurde, eben deshalb der gewöhnlichen Codicillarform unterworfen seien. Statt dessen hat er alle in Note 51. citirte Stellen, bis auf die L. 8. §. 4. und L. 14. pr. D. *h. t.*, entweder übersehen oder absichtlich mit Stillschweigen übergangen. Diese L. 8. §. 4. cit. aber hat er auf eine völlig verfehlte Weise erklärt[51a]), und aus der L. 14. pr. D. *cit.* hat er nur das von Sabinus und Cassius für die bestätigten Codicille aufgestellte und angewandte bei Note 46. nochmals angeführte Princip hervorgehoben, ohne auch nur mit einer Silbe zu erwähnen, daß Proculus die Anwendung der codicillarrechtlichen Fiction auf den in der Stelle behandelten Fall verwirft, daß Scävola, der Verfasser dieser Stelle, ausdrücklich dem Proculus beitritt, und daß Justinian durch die Reception dieser Stelle in dieser Fassung sich offenbar für die Ansicht dieser beiden letzteren Schriftsteller erklärt[52]).

51) L. 2. pr. §. 1. L. 4. L. 7. pr. §. 1. L. 8. §. 3. und 4. L. 14. pr. D. *h. t.* L. 17. §. 4. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) L. 7. D. *qui et a quib.* (XL. 9.) L. 1. C. *de testam. manum.* (VII. 2.)

51a) Siehe §. 1511. c. S. 278. Note 28.

52) G. L. Böhmer erkennt allerdings an, daß Ausnahmen von der codicillarrechtlichen Fiction vorkommen, wo

Halten wir nun daran fest, daß die Formlosigkeit der Codicille bereits zur Zeit der juristischen Classiker von der codicillarrechtlichen Fiction völlig unabhängig geworden war, so kann schon von diesem Standpunkte aus der letzteren kein Einfluß auf die Reformen über die Form der Codicille eingeräumt werden. Die durch L. 8. §. ult. C. *h. t.* vorgeschriebene Form steht aber auch mit der codicillarrechtlichen Fiction keineswegs in einem unvereinbaren Gegensatz. Beide bestehen vielmehr in dem Maaße friedlich neben einander fort, daß die codicillarrechtliche Fiction, die übrigen Erfordernisse ihrer Anwendung vorausgesetzt, auch neben der L. 8. §. ult. C. *h. t.* in Wirksamkeit tritt, aber erst dann, wenn das Codicill in der vorgeschriebenen Form errichtet worden ist, während sie früher eintretenden Falls auch bei formlosen Codicillen zur Anwendung kam. Der ganze Einfluß der L. 8. §. ult. C. *h. t.* besteht also nur darin, daß die codicillarrechtliche Fiction dadurch eine neue Voraus-

die Zeit der Errichtung des Codicilles den Ausschlag gebe, indem er von den in Note 51. angeführten Stellen L. 4. 7. 8. 14. D. *h. t.* und L. 1. C. *de testam. manum.* citirt. Allein seine Erklärung, daß auf das tempus confirmationis nur die „causa eorum, quae in codicillis confirmatis a confirmatione dependent, ut legatorum datio et ademtio, tutelae ac libertatis datio“ zu beziehen sei, während in den übrigen „causis, quae non pendent a confirmatione“ wie z. B. bei der facultas condendi codicillos die Zeit der Errichtung des Codicills entscheide, muß als völlig verfehlt bezeichnet werden, wie z. B. allein schon aus dem Umstande hervorgeht, daß auch die s. g. active Testamentifaction unter dem Einfluße der codicillarrechtlichen Fiction stand. Vgl. nur die in Note 43. citirten Stellen.

setzung erhalten hat. Dieses Resultat erscheint gleichmäßig als eine Nothwendigkeit, mag man der codicillarrechtlichen Fiction unmittelbar vor der gedachten Constitution nur eine materielle oder auch noch eine formelle Bedeutung beilegen. Denn im letzteren Falle müssen wir diese formelle Beziehung durch die L. 8. §. ult. C. *h. t.* für aufgehoben erklären, weil sie mit den Worten und dem Geiste des Gesetzes in Widerspruch steht. Die Reform der Kaiser war gerade gegen die mit der Formlosigkeit der Codicille verbundene Gefahr gerichtet[53]. Diese Reform würde aber zu einem großen Theile vereitelt, wenn ein formloses Codicill dennoch vermöge der codicillarrechtlichen Fiction nach wie vor aufrecht erhalten werden sollte. In diesem Verhältnisse der codicillarrechtlichen Fiction zu der L. 8. §. ult. C. *h. t.* ruht der Schwerpunkt der ganzen Controverse, und ihre Lösung wird niemals auf befriedigende Weise gelingen, wenn man sich nicht das ursprüngliche Wesen der codicillarrechtlichen Fiction und dieses so eben besprochene Verhältniß gehörig klar gemacht hat. In dieser Beziehung läßt aber gerade noch die jüngste Abhandlung über unsere Frage von v. Reiche[54], welche der Relation W. v. Pufendorfs[55] zur Grundlage gedient hat, sehr viel zu wünschen übrig[56].

Zweitens berufen sich die Gegner darauf, daß in mehreren Stellen[57]) die bestätigten Codicille für eine

53) Vgl. die historischen Ausführungen in §. 1512. S. 365—390.

54) Siehe das Citat in Note 21.

55) Siehe die in Note 21. citirten Observationen W. v. Pufendorfs.

56) Eine genauere Kritik der Ansichten v. Reiche's habe ich bereits in §. 1511. c. S. 303—305. geliefert.

57) L. 14. pr. D. *h. t.*, erläutert in §. 1511. c. S.

pars testamenti erklärt würden[58]). Man müsse nämlich die zwei Grundsätze: codicilli jus testamenti sequuntur[59]), und: codicilli pro parte testamenti habentur[60]) wohl von einander unterscheiden. Der erstere beziehe sich nur auf die accessorische Natur der testamentarischen Codicille, und gelte daher sowohl von den bestätigten als den unbestätigten; der letztere dagegen erscheine als eine Eigenthümlichkeit der bestätigten Codicille, und führe in seiner Consequenz dahin, daß die bestätigten Codicille unter dem Schutze der Testamentssolennitäten ständen, und daher keiner besonderen Form bedürften. — Prüfen wir diese Beweisführung näher, so haben wir es hier nur mit einer Variation über das Thema der codicillarrechtlichen Fiction zu thun. Der Ausdruck ist ein anderer, die Sache selbst ist aber die nämliche. Indessen bietet sie doch wenigstens für die Besprechung von unserer Seite eine neue Seite dar. Es ist nämlich schon öfters in dem Vorhergehenden die Frage berührt: ob denn nur die bestätigten Codicille pars testamenti seien und genannt würden? Diese Frage wird selbst noch von neueren Juristen bejahet[61]), und hat bei Einzelnen ganz ent-

263—270. L. 11. D. *testam. quemadm. aperiantur* (XXIX. 3.) Auch die von *J. H.* Böhmer in Cap. I. §. XVII. angeführte L. 3. pr. D. *de testam. tutela* (XXVI. 2.) muß hieher gerechnet werden.

58) In diesem Punkte stimmt Böhmer ganz mit Donellus überein.

59) L. 3. §. 1. vgl. mit §. 2. D. *h. t.* In dem letzteren Paragraphen wird dafür die Wendung gebraucht: vires tamen ex eo (sc. testamento) capient (sc. codicilli).

60) L. 14. pr. D. *h. t.*

61) Westphal Darstellung der Rechte von Vermächtnissen 2ter Th. §. 1884—85. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter. Th. 2te Abth. §. 1104.

schieden gerade ein Schwanken über unsere Streitfrage zur Folge gehabt[62]). Es muß deshalb nothwendigerweise genauer nachgewiesen werden, daß auch die unbestätigten Codicille gerade eben so gut wie die bestätigten eine pars testamenti genannt werden können, und daß es sehr wohl damit verträglich ist, wenn für beide Arten der Codicille die Beobachtung einer bestimmten Form vorgeschrieben worden ist. Den besten Beweis für die diesseitigen Behauptungen liefert ein von G. L. Böhmer l. c. in §. VII. not. x. selbst allegirtes, aus Gajus 11ten Buche seines Commentars zur lex Julia et Papia entlehntes Fragment[63]), welches folgendermaaßen lautet:

> Sicut codicilli pars intelliguntur testamenti, ita secundae tabulae principalium tabularum partem obtinere videntur.

Gajus kann nämlich bei den obigen Worten nur an die accessorische Natur der testamentarischen Codicille und des Pupillartestamentes gedacht haben, weil bei den letzteren gar keine Fiction vorkommt, welche der codicillarrechtlichen Fiction entspräche. Wenn man die Inscription dieses Fragmentes und seine Stellung in dem Titel: testamenta quemadmodum aperiantur ins Auge faßt, so wird es sehr wahrscheinlich, daß der Jurist in der nächsten Umgebung der obigen Worte den Rechtssatz behandelt hatte, daß der Tag der Apertur des Testamentes des Hausvaters zugleich auch der dies cedens für die in einem bestätigten Codicille[64]) oder in

S. 560. Note 6. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1ster Th. S. 22—25.

62) Siehe z. B. Göschen a. a. O.

63) L. 11. D. *testam. quemadmodum aperiantur* (XXIX. 3.).

64) L. 6. §. 2. D. *quando dies* (XXXVI. 2.). Auf

einem Pupillartestamente[65]) ausgesetzten Legate war. Denn dieser Rechtssatz war nicht eine Folge der codicillarrechtlichen Fiction, indem er nothwendigerweise auch bei den Legaten gelten mußte, bei welchen nach den Ausführungen in §. 1511. c. S. 255. fgg. die codicillarrechtliche Fiction nicht Platz griff, sondern vielmehr der accessorischen Natur des bestätigten Codicilles. Er mußte daher gleichmäßig bei dem Pupillartestamente gelten, obgleich er uns hier noch auffallender erscheinen könnte wie bei den bestätigten Codicillen[66]). Aus dieser Zusammenstellung des Pupillartestamentes und der bestätigten Codicille unter dem gemeinschaftlichen Gesichtspunkte einer **pars testamenti** geht aber auch weiter hervor, daß das bestätigte Codicill, auch wenn man es der Form der **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* unterwirft, trotzdem noch immer im römischen Sprachgebrauche recht wohl für eine **pars testamenti** erklärt werden kann, und daß dieser Ausdruck uns keineswegs zwingt, die codicillarrechtliche Fiction zur Anwendung zu bringen. Denn das Pupillartestament bedarf ja, sobald es nicht gleichzeitig mit dem väterlichen Testamente sondern erst später errichtet wird, der gewöhnlichen Testamentssolennitäten; es unterliegt keiner ähnlichen Fiction, wie sie bei den Codicillen vorkommt, und dennoch wird dasselbe hier, wie in anderen Stellen[67]), eine **pars testamenti paterni** genannt.

diesen Rechtssatz ist schon in §. 1512. S. 342. aufmerksam gemacht.

65) L. 1. L. 7. §. 3. 4. D. eod. (XXXVI. 2.).

66) Es kommt nämlich hier das auffallende Resultat zum Vorschein, daß der dies cedens der in dem Pupillartestamente ausgesetzten Legate, noch bei Lebzeiten des Erblassers d. h. des Pupillen eintrat. Ueber den Grund dieser eigenthümlichen Erscheinung werde ich mich in §. 1595. genauer verbreiten.

Eben so wenig wird die Behauptung der Gegner durch die bereits mehrfach besprochene **L. 14. pr. D.** *h. t.* gerechtfertigt. Der hier dem Sabinus und Cassius in den Mund gelegte Ausspruch: **quod codicilli pro parte testamenti habentur, observationemque et legem juris inde traditam servent** bezieht sich allerdings nur auf die bestätigten Codicille, weil damals den unbestätigten noch keine juristische Wirkung beigelegt war. Ja es soll geradezu die codicillarrechtliche Fiction dadurch ausgedrückt werden. Und dennoch beweist die Stelle das Gegentheil von dem, was die Gegner damit beweisen wollen. Wenn nämlich die codicillarrechtliche Fiction bereits durch den ersten Satz: **codicilli pro parte testamenti habentur** ausgedrückt wäre, so würde der zweite Satz **observationemque** u. s. w. ein völlig müssiger Zusatz sein. Beziehen wir aber den ersten Satz, wie in der vorigen Stelle, nur auf die accessorische Natur der Codicille, so haben wir erst in dem zweiten Satze den Ausdruck für die codicillarrechtliche Fiction vor uns und zwar, wie schon in §. 1511. c. S. 268. Note 3. angegeben ist, in der prägnanten Fassung, daß die (bestätigten) Codicille ihren formellen und materiellen Rechtsbestand aus dem Testamente entlehnen und erhalten.

J. H. Böhmer hat außerdem noch auf folgende Stelle aus Ulpians 35sten Buche **ad edictum**[68]) Gewicht gelegt:

> **Testamento datos tutores accipere debemus etiam eos, qui codicillis testamento confirmatis scripti sunt.**

Damit hat es indessen folgende Bewandniß. Die testamentarischen und die **ex inquisitione** bestellten Vor-

67) §. 5. J. *de pupillari substitutione* (II. 16.). L. 38. §. 3. D. *de vulg. et pupill. substit.* (XXVIII. 6.)

68) L. 3. pr. D. *de testam. tutela* (XXVI. 2.)

münder brauchten keine Satisdation zu bestellen. Durch ein besonderes prätorisches Edikt, von welchem Ulpian im 35sten Buche seines Commentars zum Edikte gehandelt hat[69]), war aber festgesetzt, daß von mehreren in einem Testamente bestellten Tutoren demjenigen die ausschließliche Verwaltung übertragen werden solle, welcher freiwillig Satisdation bestelle[70]). Dieses Edikt war ohne Zweifel älter als das Gewohnheitsrecht, welchem die Codicille ihren Ursprung verdankten. Nachdem nun Vormünder auch in einem bestätigten Codicille bestellt werden konnten, so mußte die Frage[71]) entstehen: ob das gedachte Edikt analog auch auf die in einem solchen Codicille bestellten Vormünder zur Anwendung zu bringen sei? Die Antwort konnte nicht zweifelhaft sein, da alle Bedingungen der Analogie vorlagen, und in einem be-

69) Vgl. L. 19. §. 1. L. 17. pr. D. *de testam. tutela* (XXVI. 2.) L. 5. §. 3. D. *de legit. tutor.* (XXVI. 4.) L. 4. C. *de tutore vel curatore, qui satis non dedit* (V. 42.) und §. 1. J. *de satisdat. tut.* (I. 24.)

70) Von diesem Edikte hat Glück im 30sten Th. des Comment. §. 1329. a. S. 175—180. genauer gehandelt, und dasselbe seinem ursprünglichen Wortlaute nach zu restituiren versucht. Die späteren Ausdehnungen dieses Ediktes sind in den in der vorigen Note citirten Stellen berührt. Vgl. jetzt auch über dieses Edikt: Rudorff Recht der Vormundschaft 2ter Bd. §. 109. S. 233—235. — Aus besonderen Gründen konnte übrigens der Prätor, in Gemäßheit der in §. 1509. S. 7. fgg. entwickelten Grundsätze in einzelnen Fällen hiervon abweichen.

71) Eine ganz ähnliche Frage wegen des dies legati cedens haben wir bereits in §. 1512. S. 342. kennen gelernt.

stätigten Codicille überhaupt, abgesehen von den Bestimmungen über die directe Erbfolge, alle sonstigen letztwilligen Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung angeordnet werden konnten[72]). So liegt denn in der obigen Stelle nur der Ausspruch vor, daß das Edikt, welches nur von **testamento dati tutores** geredet hatte, analog auch auf die in einem bestätigten Codicille ernannten Tutoren anzuwenden sei.

Wenn endlich in einigen Stellen noch gesagt wird: **codicilli ad causam testamenti pertinent**[73]), so ist damit nur die accessorische Natur der testamentarischen Codicille bezeichnet. Dies geht nicht bloß auf das Deutlichste aus der in Note 73. zuletzt angeführten Stelle und der darin enthaltenen Verweisung auf das Pupillartestament, sondern insbesondere auch daraus hervor, daß die in den citirten Stellen enthaltenen Rechtssätze in gleicher Weise von den bestätigten wie von den unbestätigten Codicillen gelten müssen.

Drittens sind von den Gegnern[74]) zum Schutze ihrer Theorie diejenigen Stellen angerufen, welche von einer s. g. mystischen Verfügung handeln. Diese Stellen sind einer um so sorgfältigeren Behandlung zu unterwerfen, da sich gerade hieran noch bis in die neueste Zeit zahlreiche Mißverständnisse angeknüpft haben. Zunächst kommen hier folgende drei Fragmente in Betracht[75]).

72) Siehe §. 1511. b. S. 209.

73) L. 3. §. 25. D. *ad S. C. Silan.* (XXIX. 5.) L. 1. §. 2. D. *de tabul. exhib.* (XLIII. 5.) L. 2. §. 2. D. *testam. quemadmod. aper.* (XXIX. 3.)

74) Donellus Comment. jur. civ. Lib. VII. Cap. 19. Nr. 9. und *J. H.* Böhmer Cap. I. §. XV. und XVI. der in Note 21. angeführten Dissertation.

75) Auf diese Stellen habe ich bereits in §. 1511. S. 129.

L. 10. pr. D. *de condit. institut.* **(XXVIII. 7.)** Ulpianus Lib. 8. Disput. — Institutio talis: „*Si codicillis Sejum heredem scripsero heres esto*", non est inutilis in quovis herede instituto, praeter filium. Est enim conditionalis institutio nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est[76]): verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset. Proinde et si ita scripserit: „*Cujus nomen codicillis scripsero ille mihi heres esto*" pari ratione dicendum erit institutionem valere, nullo jure impediente.

L. 77. D. *de hered. instit.* **(XXVIII. 5.).** Papinianus Lib. XVII. Quaest. — Asse toto non distributo ita scriptum est: „*Quem heredem codicillis fecero heres esto.*" Titium codicillis heredem instituit. Ejus quidem institutio valet, ideo quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hoc tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.

L. 38. D. *de condit. et demonstrat.* **(XXXV. 1.)** Paulus libro singulari de jure codicillorum. — Si ita scripsero: „*Quantum codicillis Titio legavero*", licet codicillis legatum explicatur, tamen ex testamento valet, solaque quantitas in codicillo[77]) delata

Note 40. aufmerksam gemacht. Vergleiche dazu auch noch L. 36. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.)

76) Siehe §. 1511. S. 75. fgg.

77) Vulg. und Hal. lesen: valet sola quantitas, quae in codicillos etc. Diese Lesart ist, sobald man die Stelle mit den beiden vorhergehenden vergleicht entschieden zu verwerfen. Nur die Veränderung des Wortes codicillo in codicillos ist unbedingt zu billigen, da der Singular codicillus sonst bei keinem juristischen Classiker vorkommt, (siehe §. 1509. S. 16. Note 38.) und das

est. Nam et apud veteres legata talia fuere: *„Quantum ei per epistolam scripsero“: „quantum ex illa actione detraxero*[78]) *heres dato.“*

Auf diese Stellen wird nämlich die Behauptung gestützt, daß ein confirmirtes Codicill nicht als eine besondere Urkunde, sondern als pars testamenti mit der Wirkung gelte, daß Alles was in einem solchen Codicille angeordnet werde, so zu betrachten sei, wie wenn es in dem Testament selbst enthalten wäre. Daher könne in einem solchen Codicille selbst eine Erbeinsetzung vorgenommen werden.

Diese letztere Behauptung steht nun gleich in einem entschiedenen Widerspruche mit der in §. 1511. besprochenen Rechtsparömie: codicillis hereditas dari non potest. In der Consequenz der Böhmer'schen Ansicht giebt es nur ein Mittel, um diesen Widerspruch zu beseitigen, nämlich die gedachte Rechtsparömie auf die unbestätigten Codicille zu beschränken. Allein Böhmer hätte nur die Ulpian'schen Fragmente[79]) und den westgothischen Gajus[80]) nachzusehen brauchen, um sich gründlich davon zu überzeugen, daß die römischen Juristen die Erbeinsetzung auch nicht in einem bestätigten Codicille zuließen. Unter diesen Umständen müßen wir denn den entgegengesetzten Weg einschlagen, und den obigen Stellen geradezu jede Beziehung auf die bestätigten Codicille und die codicillarrechtliche Fiction absprechen.

Zergliedern wir demgemäß die erste Stelle von Ul-

Wort deferre, nach dem ganzen Sinne der Stelle, in mit nachfolgendem Accusativ erfordert.

78) Quantum ex illa actione detraxero sc. debitori meo bedeutet: so viel ich von meinem Schuldner beigetrieben haben werde.

79) Ulpiani *Fragmenta* Tit. XXV. §. 11.

80) Gaji *Epitom*. Lib. II. Tit. 7. §. 8.

pian, so nimmt derjenige, welcher in sein Testament die Worte: si codicillis Sejum heredem scripsero heres esto hineinschreibt, eine Erbeinsetzung in der alt hergebrachten Formel vor. Diese Erbeinsetzung geschieht unter einer Bedingung, welche sich in juristischer Beziehung von anderen Bedingungen in nichts unterscheidet. Die Erfüllung derselben ist zwar von einem Factum des Erblassers selbst, und insofern von seinem Willen abhängig gemacht. Allein dies ist ja vollkommen zulässig, wie uns noch in einer anderen Stelle[81]) ausdrücklich bezeugt wird. Wenn Ulpian aber dennoch eine solche Erbeinsetzung bei dem filius suus verwirft („praeter filium"), so beruhte dies nur auf dem bekannten Grundsatze des Notherbenrechts, daß filii sui nicht unter jeder beliebigen Bedingung, sondern nur unter Potestativbedingungen zu Erben eingesetzt werden konnten[82]). Die obige Erbeinsetzung war aber für den Honorirten eine casuelle[83]), indem die Erfüllung nicht in seiner, sondern in der potestas des Erblassers stand. Abstrahiren wir nun von diesem letztern Falle des filius suus, so führt der Erblasser, wenn

81) L. 28. D. *de manum. testam.* (XL. 4.)

82) L. 4 — L. 6. pr. L. 69. L. 86. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) L. 12. L. 15. L. 28. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.) L. 83. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) L. 20. §. 4. i. f. D. *de bonis libert.* (XXXVIII. 2.) Siehe die genaueren Ausführungen über die betreffenden Rechtsverhältnisse von Mühlenbruch im 36sten Th. des Commentars §. 1431. b. S. 354 — 386.; im 37sten Th. §. 1421. i. S. 76—82., und im 41sten Th. §. 1461. S. 158—165.

83) Ueber den Begriff der Potestativbedingungen siehe Glück im 4ten Th. des Comment. §. 337. a. S. 483. fgg. und Mühlenbruch an den in der vorigen Note citirten Stellen.

er in einer späteren Urkunde den Sejus wirklich zum Erben ernennt, damit die Existenz der Bedingung herbei. Der Erblasser konnte aber auch die Erbeinsetzung eben so gut von einem sonstigen Schreiben seiner Hand z. B. von einem Liebesbriefe abhängig machen. So wenig nun Jemand diesen Liebesbrief ein bestätigtes Codicill nennen wird, eben so wenig darf in diesem Falle die Urkunde, in welcher Sejus zum Erben ernannt wird, ein bestätigtes Codicill genannt werden. Die Erbeinsetzung des Sejus in dieser Urkunde ist gar keine selbstständige letztwillige codicillarische Verfügung, sondern nichts weiter als die Erfüllung der im Testamente der Erbeinsetzung beigefügten Bedingung, und steht daher wie Ulpian selbst bemerkt, gar nicht im Widerspruche mit der Rechtsparömie: **codicillis hereditas dari non potest.**

Bedenklicher erscheint allerdings auf den ersten Anblick der zweite von Ulpian mit den Worten: **cujus nomen codicillis scripsero ille mihi heres esto** entschiedene Fall. Während nämlich im ersten Falle der Erbe **Sejus** schon im Testamente, nach seiner Persönlichkeit, mit seinem Namen bezeichnet war, so haben wir hier im Testamente gar keine bestimmte Persönlichkeit vor uns, und wir könnten deshalb leicht geneigt sein in einer solchen Erbeinsetzung eine nach älterem Rechte unzulässige Einsetzung einer **persona incerta**[84]) zu erblicken. Den-

84) Ulpiani *Fragm.* Tit. XXII. §. 4. Vgl. Gajus Instit. II. §. 238. und §. 25. J. *de legat.* (II. 20.) Justinian hat bekanntlich in einer verloren gegangenen, aber in §. 27. J. *de legat.* referirten Constitution die Honorirung einer **persona incerta** zugelassen. Zu Mühlenbruch's Bemerkungen über diese Constitution im 39. Th. des Commentars §. 1438. b. S. 400—406. ist aus der späteren Literatur noch nachzu-

noch nimmt Ulpian gar keinen Anstand diesen Fall ganz nach der Analogie („proinde“ „pari ratione“) des ersten Falles zu beurtheilen. Wir müssen daher die Unzulässigkeit der Erbeinsetzung einer persona incerta offenbar auf diejenigen Fälle einschränken, wo die spätere Herstellung der Individualität des eingesetzten Erben entweder ganz dem Zufalle überlassen, oder doch wenigstens nicht vom Willen des Erblassers abhängig gemacht war[85]). Da nun in dem vorliegenden Falle die persona incerta einzig und allein nur durch eine Willenserklärung des Erblassers zu einer persona certa gemacht werden konnte, so stand der Aufrechterhaltung der fraglichen Erbeinsetzung, als einer bedingten, kein Hinderniß weiter im Wege.

Denselben Fall behandelt nun Papinian nach denselben Gesichtspunkten in der oben S. 117. abgedruckten L. 77. D. *de hered. instit.* Er mußte hier aber dem in der späteren Urkunde ernannten Erben natürlich nur den Rest der Erbschaft zusprechen, weil auch in dem Falle, wo in demselben Testamente mehrere Erben auf Quoten, welche aber die Erbschaft nicht erschöpfen, und daneben andere Erben ohne Quoten eingesetzt sind, die letzteren nur die noch nicht namentlich vertheilten Quoten erhalten[86]).

tragen: C. G. E. Heimbach in der Gießener Zeitschrift Neue Folge 5ter Bd. Nr. 1.

85) Dies sieht man namentlich recht deutlich aus dem von Ulpian a. a. O. angeführten Beispiele: quisquis primum ad funus meum venerit heres esto. Aus diesem Grunde ist der von Mühlenbruch im 39sten Th. des Comment. §. 1438. b. S. 352. aufgestellte Rechtssatz, daß eine Unbestimmtheit in der Bezeichnung des zu honorirenden Subjectes nach Pandektenrecht die Ungültigkeit der Disposition zur Folge gehabt habe, auf die im Texte angegebene Weise einzuschränken.

Gegen die oben aufgestellte Behauptung, daß den fraglichen Stellen jede Beziehung auf ein bestätigtes Codicill und auf die codicillarrechtliche Fiction abzusprechen sei, ließe sich nun einwenden, daß der Erblasser in den Worten: **Si codicillis Sejum heredem scripsero heres esto** oder **quem heredem codicillis fecero heres esto** doch ausdrücklich auf ein künftiges Codicill Bezug nimmt und dasselbe damit also bestätigt. Allein es war doch ein bedeutender Unterschied zwischen einer s. g. mystischen Erbeinsetzung und einer einfachen Erbeinsetzung in einem bestätigten Codicille. Bei der ersten standen im Testamente selbst die entscheidenden Worte der Erbeinsetzungsformel: **heres esto**. Die Erbeinsetzung war also im Testamente selbst vorgenommen. Bei der confirmatorischen Clausel heißt es dagegen nur ganz allgemein: **Si quos post haec fecero codicillos validi sunto**[87]) oder mit Fideicommißworten: **si quos codicillos reliquero valere volo**[88]). Wenn nun der Erblasser in diesem bestätigten Codicille Jemandem zum Erben ernannte, so stand die Erbeinsetzungsformel nicht schon im Testamente, sondern allererst im Codicille, und konnte daher auch nicht einmal als eine im Testamente bedingt vorgenommene Erbeinsetzung aufrecht erhalten werden. In den obigen beiden Stellen enthalten nun aber die Worte: **quem codicillis heredem fecero heres esto**, nach dem eben Be-

86) §. 6. J. *de heredib. instit.* (II. 14.) L. 17. pr. L. 76. (al. 78.) §. 2. D. *eod.* (XXVIII. 5.) L. 12. D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11.)

87) Wenn die confirmatorische Clausel Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung möglich machen sollte, so mußte sie in directe Worte eingekleidet sein. Vgl. §. 1511. b. S. 213. fgg.

88) Ueber diese und ähnliche Formeln, so wie über ihre Wirkung vergleiche die in Note 87. angeführte Stelle.

merkten nicht die confirmatorische Clausel, sondern die Erbeinsetzungsformel. Das später errichtete Codicill ist daher ein unbestätigtes, so daß z. B. Legate in demselben gar nicht ausgesetzt werden konnten. Die darin vorgenommene Erbeinsetzung ist aber keine selbstständige Codicillardisposition, sondern nur die Erfüllung der im Testamente der Erbeinsetzung beigefügten Bedingung.

Auf den gleichen Grundsätzen beruht die Entscheidung des Paulus in der dritten oben (S. 117.) abgedruckten Stelle. Wenn nämlich der Erblasser in seinem Testamente ein Damnationslegat mit den Worten: **Quantum codicillis Titio legavero heres ei dato** errichtete, und in dem Codicille später die Quantität angab, so war das Legat nicht erst im Codicille, sondern schon in dem Testamente mit der üblichen Formel **heres Titio dato** angeordnet. In dem vorliegenden Falle handelt es sich nun freilich nicht um eine Bedingung. Es wird vielmehr in dem Codicille ein zu dem Rechtsbestande des Damnationslegates wesentlich nothwendiger Punkt, die Quantität ergänzt. Allein wenn der Name des Erben oder die Bezeichnung der Individualität desselben, ohne welche eine Erbeinsetzung nicht zu Recht bestehen kann, der Ergänzung im Codicille überlassen werden kann, so muß dies mit demselben Rechte auch hinsichtlich der Quantität geschehen können, deren Bestimmung in gewissen Fällen sogar gänzlich dem **arbitrium boni viri** überlassen werden darf[89]). Daß Paulus in dem vorliegenden Falle das Codicill, für welches die Angabe der Quantität vorbehalten war, nicht als ein bestätigtes betrachtet, geht mit Entschiedenheit daraus hervor, daß widrigenfalls die Frage: ob das Legat im Testamente oder im Codicille hinterlassen sei, kein Interesse für Paulus gehabt

89) L. 1. §. 1. D. *de leg. II.* L. 43. D. *de leg. III.*

hätte, indem Legate ja eben so gut in einem bestätigten Codicille wie in einem Testamente errichtet werden konnten[90]).

Ueberhaupt darf man nicht übersehen, daß wir alle diese Fälle einer s. g. mystischen Verfügung gar nicht nach der Theorie der Codicille zu entscheiden haben. Dies geht mit unumstößlicher Evidenz aus den Schlußworten des Paulus: Nam et apud veteres legata talia fuere: „*Quantum ei per epistolam scripsero: quantum ex illa actione detraxero heres dato*“ hervor. Der Ausdruck: veteres wird nämlich von den juristischen Classikern immer nur auf die Juristen aus der Zeit der Republik bezogen[91]). Damals waren aber die Codicille im juristischen Sinne d. h. mit rechtlicher Wirkung noch nicht aufgekommen. Wenn nun dennoch das Legat: quantum ei per epistolam scripsero aufrecht erhalten wurde, so kann dies nicht auf die eigenthümliche Kraft der Codicille zurückgeführt werden. Der eigentliche Grund für alle diese mystischen Verfügungen liegt vielmehr außerhalb der Sphäre der Codicille, nämlich — in der Theorie der Bedingungen. Der Beweis dieser Behauptung kann auch noch auf einem anderen Wege, nämlich durch folgende Stelle aus Celsus 22stem Buche der Digesten[92]) erbracht werden:

90) Dies hat schon *Em.* Dunius l. c. p. 201. sehr richtig bemerkt.

91) Dirksen Beiträge zur Kunde des römischen Rechts. Leipzig 1825. 2te Abh. §. 2. S. 164. Die Beweisstellen finden sich auch angegeben in Desselben Manuale latinitatis s. v. vetus und in Heumanns Handlexikon zum Corp. jur. s. v. vetus a. E.

92) L. 25. (al. 26.) D. *de rebus dubiis* (XXXIV. 5.) Diese Stelle ist bereits von Glück im 35sten Th. des Comment. §. 1417. a. S. 19. zu einem anderen Zwecke benutzt.

„*Quem heredi meo dixero velle me liberum esse liber esto. Cui ut dare damnas sit heres meus dixero, ei heres meus dare damnas esto.*" Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit de quo dixit, adimplenda est. In diesem Falle hatte der Erblasser in seinem Testamente eine Freiheitsertheilung und ein Damnationslegat angeordnet, die Nennung der honorirten Personen aber einer mündlichen Erklärung an seine Erben vorbehalten. Diese mündliche Erklärung bringt hier die nämliche Wirkung hervor, wie eine schriftliche Erklärung in den obigen Fällen. Da nun die juristischen Classiker ein mündliches Codicill noch gar nicht kannten[93], so leuchtet es wiederum ein, daß wir uns bei den besprochenen Fällen ganz außerhalb des Gebietes der Codicille befinden[94].

Mit der Aufhebung der Nothwendigkeit des Gebrauches bestimmter Formeln bei der Erbeinsetzung und den Vermächtnissen[95] ist freilich die Feststellung der

93) Siehe §. 1512. a. S. 411. fgg. Den daselbst enthaltenen Ausführungen ist jetzt auch R. Römer im Archiv für civilistische Praxis 36ster Bd. 1stes Heft S. 75. Note 8. beigetreten.

94) Den aufmerksamen Leser brauche ich kaum darauf aufmerksam zu machen, daß sich, vermöge der bisherigen Gründe, auch die Existenz eines mündlichen mystischen Testamentes vollkommen juristisch rechtfertigen läßt, obgleich Glück im 35sten Th. des Comment. in §. 1417. a. S. 13. fgg. das mündliche mystische Testament für ein Unding erklärt hat. Die genauere Ausführung dieses Punktes würde mich hier nur zu weit vom eigentlichen Thema abführen, und behalte ich mir dieselbe für einen anderen passenderen Ort vor.

95) L. 15. C. *de testam.* (VI. 23.) L. 21. C. *de lega-*

Gränze zwischen den s. g. mystischen Verfügungen und der confirmatorischen Clausel schwieriger geworden. Während man früher nur nachzusehen brauchte, ob in dem Testamente, mit Bezugnahme auf künftige Erklärungen die Worte: **heres esto**, **heres dato** u. s. w. standen, ist jetzt dieser sichere formelle Anhaltspunkt verschwunden. Dafür müssen wir uns aber an den nirgends aufgehobenen materiellen Unterschied halten. Wenn wir nämlich die confirmatorische Clausel und eine mystische Verfügung, wie z. B. **cujus nomen codicillis scripsero ille mihi heres esto** mit einander vergleichen, so liegt hier nicht bloß ein formeller sondern auch ein materieller Unterschied vor. Bei der confirmatorischen Clausel werden nämlich letztwillige Verfügungen nur ganz im Allgemeinen, bei den s. g. mystischen Verfügungen aber werden stets bestimmte einzelne Arten von letztwilligen Verfügungen z. B. Erbeinsetzungen, Vermächtnisse u. s. w. angekündigt. Die Erbeinsetzung, das Vermächtniß u. s. w. ist in diesem letztern Falle schon in dem Testamente selbst erwähnt und enthalten, und einem bedingten gleich zu behandeln. Denn sobald man von der Form absieht, und dies müssen wir eben thun, so ist es materiell ganz einerlei, ob der Erblasser z. B. sagt: derjenige soll mein Erbe sein, welchen ich in einem späteren eigenhändig von mir geschriebenen Codicille dazu ernennen werde, oder: „Ich bestätige hiermit die Erbeinsetzung, welche ich in einem späteren eigenhändig von mir geschriebenen Codicille vornehmen werde", oder: Ich bestätige hiermit das Codicill, in welchem ich eigenhändig eine Erbeinsetzung vornehmen werde u. s. w.[96]

tis (VI. 37.) L. 1. L. 2. C. *communia de legatis* (VI. 43.)

96) Dies verkennt *Th.* Herbatus in rerum quotidiana-

Hiermit wären die Hauptgründe der Gegner erschöpft. Denn wenn sie, abgesehen von dem verunglückten Versuche G. L. Böhmer's, die Worte des §. 3. J. *h. t.* (codicilli) nullam solennitatem ordinationis desiderant auf die bestätigten Codicille zu beziehen (§. 1512. a. S. 403. fgg.), noch darauf Gewicht legen, daß die L. 8. §. ult. C. *h. t.* als correctorisches Gesetz so strict als möglich zu interpretiren sei, und daß ja auch privilegirte Codicille vermöge einer Restrictivinterpretation dieser Verordnung zugelassen würden[97]), so ist dagegen nur zu erwiedern, daß alle beigebrachten Gründe für eine, im Allgemeinen allerdings nicht unzulässige, Restrictivinterpretation der allgemein lautenden Worte der erwähnten Constitution für den fraglichen Fall sämmtlich unzureichend sind. Nur das eigenthümliche Bemühen des Donellus und des J. H. Böhmer, die Theorie der Formlosigkeit der bestätigten Codicille auch mit den Worten der L. 8. §. ult. C. *h. t.* in Einklang zu bringen, muß noch mit einigen Worten berührt werden. Beide Schriftsteller[98]) stellen nämlich die Behauptung auf, daß die bestätigten Codicille, als pars testamenti, unter den Worten excepto testamento, und nicht unter dem Ausdrucke: in omni ultima voluntate begriffen seien. Allein Testament

rum lib. sing. (Leov. 1614.) Cap. 8. p. 78—86., wenn er die Verfügung im Testamente: Quae posthac legata, licet duobus tantum adhibitis testibus, dedero, rata esse volo für wirkungslos erklärt, indem er sich ganz auf den früheren formellen Standpunkt stellt.

97) *J. H.* Böhmer l. c. Cap. I. und *G. L.* Böhmer l. c. §. XV. pag. XXIII.

98) *Hug.* Donellus l. c. nr. 9. *J. H.* Böhmer l. c. Cap. I. §. XXX.

und Codicill werden sich stets entgegengesetzt[99]; es läßt sich keine einzige Beweisstelle dafür auffinden, daß unter dem Worte **testamentum** die bestätigten Codicille und gerade nur diese mitverstanden seien, und endlich sind auch die unbestätigten Codicille gerade eben so gut **pars testamenti** als die bestätigten[100]). Wenn aber J. H. Böhmer[1]) gar noch die Worte der Notariatsordnung: „aber in Codicillen, nehmlich darinen einem außerhalb Ansetzung oder Machung anderer Erben, etwas nach eines Tod von desselben Erben zu reichen und zu empfahen gesetzt, vermacht, verlassen oder zu treuen Händen befohlen wird" u. s. w. zu Hülfe nimmt und daraus ableiten will, daß eine Form nur für diejenigen Codicille, in welchen kein Erbe ernannt werden dürfe, also für die unbestätigten und die Intestat-, nicht aber für die bestätigten Codicille, in welchen auch Erbeinsetzungen vorgenommen werden könnten, vorgeschrieben sei, so ist hiergegen nur zu erinnern, daß es solche bestätigte Codicille kraft der Rechtsparömie: **codicillis hereditas dari non potest** gar nicht giebt, und daß auch die Notariatsordnung einen solchen Unterschied, wie Böhmer annimmt, gar nicht aufgestellt hat, sondern die Codicille überhaupt, mithin sowohl die bestätigten als die unbestätigten, als letzte Willensverordnungen, in welchen Erbeinsetzungen nicht gestattet sind, definirt[2]).

99) Siehe oben S. 102. Note 34.

100) Siehe die Ausführungen auf S. 111—116.

1) L. c. Cap. I. §. XXX.

2) Siehe §. 1511. S. 140. fgg. §. 1512. a. S. 415. fgg. — Durch die bisherigen Ausführungen ist auch die Ansicht derjenigen Juristen (S. 98.) Note 27.) welche alle testamentarische Codicille als **pars testamenti** für formlos erklären, und daher die L. 8. §. ult. C. *h. t.* nur auf Intestatcodicille beziehen, mit widerlegt. Vgl. auch die Bemerkungen

Die Theorie der Formlosigkeit der bestätigten Codicille hatte sich übrigens in der früheren Praxis unter einem ganz andern Namen Eingang zu verschaffen gewußt. Man erlaubte nämlich dem Erblasser seinem Testamente die s. g. reservatorische Clausel[3]) hinzuzufügen, und kraft derselben später formlose Zettel, **schedae** oder **schedulae testamentariae**[4]), mit der Wir-

gegen Bachofen in §. 1512. a. S. 397. fgg. Bei Einigen, wie z. B. bei Titius, welcher sich auf *Arn.* Vinnius (S. 97. Note 23. cit.) beruft, beruht diese Ansicht auch offenbar auf einem Mißverständniße oder auf einer zu allgemein gehaltenen Relation der Ansicht des Vinnius.

3) Dieselbe wird unter diesem Namen erwähnt von *Burk.* Bardili Diss. de scheda testamentaria. Tubing. 1679. p. 3. *F. C.* Harpprecht Cons. Tubing. Vol. I. Cons. 5. (nach der Schlußbemerkung in demselben Jahre wie die erste Schrift, und wie es scheint auf Veranlassung des nämlichen Rechtsfalles verfaßt) *Corn. van* Bynkershoek Quaest. jur. priv. Lib. III. Cap. 4. (De clausula quam reservatoriam vocant) und 5. Gmelin in Desselben und Elsässers gemeinnützigen juristischen Beobachtungen und Rechtsfällen 1ster Bd. §. 174—185. S. 225—241. (Nähere Prüfung der Bynkershökischen Meinung von der Vorbehaltungsklausel bei Testamenten). — Auch *Es.* a Pufendorf Obs. jur. T. IV. Obs. 77. redet von einer heredis institutio ex clausula reservatoria, um damit eine s. g. mystische Erbeinsetzung zu bezeichnen.

4) Ueber diese schedae testamentariae haben besondere Dissertationen geschrieben: *Burk.* Bardili not. 3. cit. *J. E.* Link de valore schedularum et notarum a testatore ultimis voluntatibus adjectarum. Argent. 1723. *J. F.* Rivinus de schedula testamento adjecta. Lips. 1741.

fung zu errichten, daß diese Testamentszettel oder „Beilagen" als integrirende Theile des Testamentes, wie wenn sie in dem letzteren selbst enthalten wären, zu behandeln seien. Schon bei Lauterbach[5]) findet sich folgendes Formular einer solchen reservatorischen Clausel: „Daß dasjenige, was wir durch ein oder mehr Codicill, eingelegte von unserer Hand geschriebene oder unterschriebene und signirte Zettul, oder sonsten weiter verordnen werden, also starck und gültig sein solle, als wäre es hier immer von Wort zu Wort enthalten." Diese reservatorische Clausel und diese Testamentszettel sind aber bei Lichte betrachtet nichts anderes als entweder s. g. mystische Verfügungen, oder confirmirte Codicille, in Verbindung gebracht mit der codicillarrechtlichen Fiction[6]).

5) Colleg. Theor. pract. Tit. *Qui testam. facere* Th. 76. — Ein ähnliches Formular, nur kürzer findet sich in *Sam.* Stryk de Cautelis testam. Cap. II. §. XII. Siehe auch Bardili l. c. Cap. I. Th. VII. Cap. II. Th. V. und Gmelin a. a. O. S. 231. fgg.

6) Bardili l. c. in Prooem. p. 3. nennt sie famosa illa reservatoria sive confirmatoria clausula. — Er theilt in Cap. I. Th. VII. die schedae testamentariae in declaratoriae s. explicatoriae und dispositoriae ein, und führt in Cap. II. Th. IV. und V. weiter aus, daß rücksichtlich der Erbeinsetzungen nur eine declaratoria, rücksichtlich aller übrigen auch eine dispositoria zulässig sei. Vgl. auch Gmelin a. a. O. §. 178. — In der Sache selbst hat Bardili hiermit ganz richtig, wie man auch aus seinen Beweisstellen sieht, den Unterschied zwischen den Erklärungen in Folge einer mystischen Verfügung und den Dispositionen in einem confirmirten Codicille getroffen. Sein Irrthum besteht nur darin, daß er für diese s. g. schedae testamentariae dispositoriae Formlosigkeit in Anspruch nimmt.

Für die Zulässigkeit derselben berufen sich denn auch sämmtliche Schriftsteller immer nur auf Stellen, welche entweder von der codicillarrechtlichen Fiction oder von mystischen Verfügungen handeln. Diese schedae testamentariae wurden deshalb auch wohl codicilli relativi genannt [7]), und BARDILI l. c. Cap. I. Th. IV. definirt sie geradezu als: codicillus scriptus testamento expresse confirmatus de eo quod quis post mortem suam fieri velit. Daß diese reservatorische Clausel, auch wo sie die Gränzen einer s. g. mystischen Verfügung überschreitet, wenigstens hinsichtlich der Vermächtnisse u. s. w. sowohl in Deutschland als in Holland vielfach in Gebrauch war ist nicht zu läugnen [8]). Allein die neuere Praxis hat ganz entschieden den entgegengesetzten Weg eingeschlagen [9]).

Nach Erledigung dieser Streitfragen hinsichtlich der in futurum confirmirten Codicille müssen wir jetzt zu den für die Vergangenheit ausdrücklich oder stillschweigend bestätigten Codicillen übergehen. Was zuerst die ausdrücklich bestätigten anbelangt, so sind zwei Fälle

7) BARDILI l. c. Cap. I. Th. VI. p. 7. *M. G.* WERNHER S. 55. Not. 26. cit. Th. XXII. und XXIII.

8) Für Deutschland bezeugen dies: *Ch.* BESOLDUS Delibata juris ex lib. 28. et 29. Qu. 8. *F. C.* HARPPRECHT not. 3. cit. Nr. 59. und 64., und die von demselben angeführten Citate aus den älteren Consilien-sammlungen. BRUNNEMANN Comment. in Pand. ad L. ult. de leg. II. Nr. 4., und für Holland *Corn.* v. BYNKERSHOEK not. 3. cit. Cap. 5. — Die reservatorische Clausel findet sich auch in §. 44. des bei STRYK not. 5. cit. in Append. Nr. V. abgedruckten Testaments des Herzogs Johann Georg von Sachsen vom 30sten Nov. 1685.

9) Siehe die Nachweisungen auf S. 100. Note 31.

möglich. Das in praeteritum confirmirte Codicill ist nämlich ursprünglich sofort in der gehörigen Form errichtet oder nicht. In diesem letzteren Falle, der uns hier natürlich nur allein beschäftigen kann, ist das Codicill, wegen Mangels der erforderlichen Form, ursprünglich nichtig. Allein vermöge des Grundsatzes, daß die Wiederholung resp. Bestätigung eines nichtigen Rechtsactes unter Umständen, wo derselbe gültig hätte von neuem wieder vorgenommen werden können, einer neuen Errichtung gleichsteht[10]), und weil die confirmatio in praeteritum, vermöge ihres in §. 1511. b. S. 219—225. genauer entwickelten Wesens nur eine Repetition der früheren Verfügungen in sich schließt, muß die im Testamente vorgenommene Bestätigung dieses nichtigen Codicilles allen darin enthaltenen, nicht auf die directe Erbfolge bezüglichen[11]), letztwilligen Verfügungen Gültigkeit verleihen[12]). Eben so kann auch natürlich der Erblasser nicht bloß Legate u. s. w., sondern selbst Erbeinsetzungen von einer in einem solchen Codicille nichtig getroffenen Verfügung abhängig machen. Einen Fall

10) Die Beweise für diesen Grundsatz siehe in §. 1510. S. 45—48. §. 1511. b. S. 220. fgg. Insbesondere wichtig ist hier die S. 220. abgedruckte L. 19. D. *de leg. I.*, welche mit den Worten: Legata inutiliter data Papinianus putat libro quaestionum confirmari per repetitionem etc. anfängt.

11) Denn hier genügte die Verweisung nicht, weil das Testament selbst die Erbeinsetzungsformel heres esto enthalten mußte.

12) Aus diesen Gründen ist daher der Fall bei Leyser Medit. ad Pand. Spec. 351. Med. 9. ganz richtig entschieden. Die Entscheidung ist nur durch die Verweisung auf die s. g. mystischen Verfügungen unrichtig motivirt.

dieser Art bespricht **Ulpian** im 8ten Buche seiner Disputationen[13]) mit den Worten:

> **Si quem ita institutum ponamus: „*Ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto*"[14]), valet institutio etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti: si rex Parthorum vivit etc.**

Die Erbeinsetzung in dem Codicille war an und für sich ein nichtiger Act[15]). Nichtsdestoweniger kann von dieser nichtigen Codicillarverfügung die Erbeinsetzung in dem Testamente vermöge einer s. g. **conditio in praeteritum collata**, und zwar selbst bei dem **filius suus** abhängig gemacht werden[16]).

Diese Wirkung der **confirmatio in praeteritum** ist aber freilich keine unbestrittene zu nennen. Diejenigen Schriftsteller, welche die Formlosigkeit der **in futurum** confirmirten Codicille vertheidigten, mußten diese Formlosigkeit natürlich auch für die **in praeteritum** confirmir-

13) L. 10. §. 1. D. *de condit. instit.* (XXVIII. 7.)

14) Aehnlich, aber in anderer, hier nur nicht weiter interessirender Beziehung etwas verwickelter ist die Erbeinsetzung: *Titius quanta ex parte codicillis scriptum eum habeo heres esto*, in L. 36. D. *de heredibus instituendis* (XXVIII. 5.)

15) Denn codicillis hereditas dari non potest (§. 1511. S. 75. fgg.)

16) War hier nämlich der Sohn im Codicille wirklich zum Erben eingesetzt, so ist die Einsetzung von Anfang an gültig; war er aber nicht eingesetzt, so war das Testament wegen dieser Präterition nichtig, insofern der Erblasser nicht eine exheredatio auf den entgegengesetzten Fall angeordnet hatte. Siehe **Mühlenbruch** im 41sten Th. des Comment. §. 1461. S. 158. fgg.

ten in Anspruch nehmen[17]). Dagegen paßt die Argumentation von den in futurum confirmirten Codicillen auf die in praeteritum bestätigten nicht mehr für diejenigen, welche die in futurum confirmirten Codicille der gewöhnlichen Codicillarform unterwerfen. Dies haben aber alle neueren Schriftsteller, welche die Form der in praeteritum confirmirten Codicille ganz mit Stillschweigen übergehen, außer Acht gelassen[18]). Erst in der neuesten Zeit haben sich zwei Schriftsteller, aber freilich in ganz entgegengesetztem Sinne, über die Wirkung der confirmatio in praeteritum ausgesprochen. Puchta stellt nämlich in seinen Pandekten §. 523. bei Note c. den Grundsatz auf: „Codicilli testamento confirmati bedürfen keiner Solennität, vorausgesetzt daß ihr Inhalt durch das Testament selbst beglaubigt wird", und bemerkt dazu in seinen Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. S. 425: „Viele Juristen sind der Meinung, daß codicilli testamento confirmati gar keiner Form bedürften. Allein die Confirmation könnte ein Ersatz der So-

17) Dies versteht sich so sehr von selbst, daß die confirmatio in praeteritum meistentheils gar nicht besonders hervorgehoben wurde.

18) Wegen dieses Stillschweigens könnte man behaupten, daß wer 5 Zeugen für ein bestätigtes Codicill verlange von der Nothwendigkeit der Codicillarform sowohl für die in futurum als die in praeteritum confirmirten ausgehe. Allein bei dem Streite über die Form der bestätigten Codicille hat man seit Böhmer immer nur die in futurum confirmirten im Auge gehabt, und ich zweifle sehr ob alle die Juristen, welche für die in futurum confirmirten Codicille die Codicillarform verlangen, dies auch in Beziehung auf die in praeteritum confirmirten thun würden, wenn ihnen diese Frage speciell vorgelegt würde.

lennität nur dann sein, wenn sie auf eine Weise geschehen wäre, welche über den Willen des Testators im Codicille gar keinen Zweifel aufkommen ließe. So, wenn ein vorhandenes Codicill im Testament in der Weise beglaubigt wird, daß über seine Identität kein Streit entstehen kann." Puchta ist hiernach also der ganz richtigen Ansicht, daß die confirmatio in praeteritum den Mangel der Solennität ersetzt. Wenn er aber nach den letzten Worten verlangt, daß das Codicill nach seiner äußeren Beschaffenheit, nach dem Orte der Aufbewahrung u. s. w.[19] genau beschrieben werde, so ist er darin offenbar zu weit gegangen. Denn ein Streit über die Identität kann auch trotz der genausten Beschreibung des Codicilles entstehen, und der Identitätsbeweis läßt sich, im Falle eines Streites gar nicht vermeiden. Nur so viel versteht sich von selbst, daß ein Codicill, um als ein bestätigtes gelten zu können, alle diejenigen Merkmale an sich tragen muß, welche der Erblasser in seinem Testamente etwa angegeben hat[20]. Dies schließt aber nicht aus, daß derselbe ganz im Allgemeinen alle bisher von ihm errichtete Codicille bestätigen kann, in welchem Falle der darin Honorirte dann nur nachzuweisen braucht, daß ein bestimmtes Codicill von den Erblasser, und zwar vor dem Testamente errichtet worden ist.

Ganz und gar gegen Puchta hat sich aber Sintenis[21] mit folgenden Worten erklärt: „Puchta kann leicht mißverstanden werden, wenn er anscheinend oder

19) Vgl. das in der nachfolgenden Sintenis'schen Argumentation bei Note 22. angeführte Beispiel.

20) Vgl. L. 89. pr. D. *de leg. II.*, und die Erklärung dieser Stelle in §. 1511. b. S. 218.

21) Das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. (Leipzig 1851.) §. 208. S. 706. Anm. 7. Nr. 6.

wirklich eine Mittelmeinung dahin vertritt, eine Ausnahme ergreife wenigstens dann Platz, wenn der Inhalt des Codicills im Testament beglaubigt sei, so daß über seine Identität kein Zweifel entstehen könne. Ich würde dies nur dann zugeben können, wenn und soweit der Inhalt in das Testament übergegangen ist, wo es dann freilich des Codicills nicht bedarf und auf dasselbe gar nichts ankäme. Sollen hiegegen Fälle, wie z. B. dieser hieher gezogen werden, wenn der Testator im Testament ein Codicill für wirksam erklärt, welches er durch einfache Schrift errichtet und bei seinem Freunde **N. N.** verschlossen verwahrlich niedergelegt oder in einer gewissen Schublade seines Schreibbüreau's u. s. w. verborgen habe[22]), so müßte ich mich dagegen erklären. Dies auch dann, wenn z. B. der Testator im Testament unter Bezug auf ein solches Codicill den Gegenstand desselben bezeichnet hätte. Nur soweit eine solche Verfügung als eine selbstständige zu betrachten ist, kann sie gelten; anderwärts enthaltene, darauf bezügliche oder damit zusammenhängende Verfügungen, wenn auch nur nähere Bestimmungen und Modificationen sind und bleiben daneben formlose. Es ist nirgends als in der Lehre von letztwilligen Verfügungen unerläßlicher von den Formen ihrer Errichtung und Gültigkeit keinen Zoll nachzulassen, wenn man nicht den bedenklichsten Consequenzen, ja endlich der nackten Willkühr die Bahn eröffnen will." Wegen ihres gedrängten Inhalts, welcher nicht wohl einen den Gedankengang treu wiedergebenden Auszug gestattete, habe ich hier die Argumentation von Sintenis wörtlich mitgetheilt. Ich glaube aber nicht, daß die Ansicht

22) Darüber daß Puchta gerade solche Fälle im Sinne gehabt, kann nach den oben mitgetheilten Worten in seinen Vorlesungen wohl kein Zweifel obwalten.

Puchta's hierdurch widerlegt ist. Denn auch die Formvorschriften stehen nicht über, sondern unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen[23]). Modificationen und Restrictivinterpretationen der L. 8. §. ult. C. *h. t.* sind daher zulässig, so weit sie sich wissenschaftlich rechtfertigen lassen, wie dies Sintenis selbst dadurch anerkennt, daß er, trotz der allgemein lautenden Worte der gedachten Constitution öffentliche und privilegirte Codicille und formlose Ademtionen von Vermächtnissen zuläßt[24]). Es handelt sich daher bei der vorliegenden Streitfrage nur darum: ob juristische Gründe, welche außerhalb der L. 8. §. ult. C. cit. liegen, uns nöthigen, die in praeteritum confirmirten Codicille aufrecht zu erhalten, auch wenn sie nicht in der durch L. 8. §. ult. C. *h. t.* vorgeschriebenen Form errichtet sind? Dies ist aber nach den auf S. 132. enthaltenen Ausführungen allerdings der Fall. Von bedenklichen Consequenzen und nackter Willkühr kann aber keine Rede sein, wo das gefundene Resultat sich streng nach juristischen Grundsätzen rechtfertigen läßt. Wäre der entgegengesetzte Rechtssatz auch praktisch zweckmäßiger, so würde es doch nur Sache des Gesetzgebers sein, die Consequenz des Rechts, im Interesse der Zweckmäßigkeit, zu brechen. Sintenis geräth auch durch die obige Behauptung, daß die confirmatio in praeteritum einer formlosen Schrift selbst dann nichtig sei, wenn auch der Gegenstand des Codicills im Testament bezeichnet sei, mit seinen in §. 171. S. 403. bei Note 40. vorgetragenen Behauptungen über die Zulässigkeit der Verweisung auf eine formlose Schrift bei den s. g. mystischen Verfügungen in Widerspruch, insofern das Wesen der letzteren heutzutage gerade darin besteht,

23) Vgl. auch die Bemerkungen in §. 1513. c. S. 31.
24) Siehe S. 57. Note 29. und §. 1513. g. Note 51.

daß wegen bestimmter einzelner Arten von letztwilligen Verfügungen auf anderweitige schriftliche oder mündliche Aeußerungen verwiesen wird (S. 126.). Eine **confirmatio in praeteritum**, bei welcher der Gegenstand des Codicilles bezeichnet wird, ist heutzutage jedenfalls nach den Grundsätzen der mystischen Verfügungen zu beurtheilen. Denn was dem Erblasser für die Zukunft gestattet wird, kann ihm für die Vergangenheit nicht versagt werden.

Zum Theil abweichend gestalten sich aber die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der s. g. stillschweigend confirmirten Codicille[25]. Auch hier sind wieder die zwei Fälle denkbar: das frühere Codicill war entweder in der gehörigen Form errichtet oder nicht. In dem ersten Falle unterliegt die Anwendung des in §. 1. **J.** *h. t.* enthaltenen Rescriptes der Kaiser Severus und Antoninus, wie es in §. 1511. a. S. **168—194.** genauer erklärt worden ist[26]), keinem Bedenken. Allein wie soll entschieden werden, wenn das Codicill ursprünglich nicht in der gehörigen Form, mithin nichtig errichtet, und in dem späteren Testamente nicht ausdrücklich bestätigt worden ist? Auf diesen Fall kann das obige Rescript offenbar nicht zur Anwendung gebracht werden. Die gedachten Kaiser rescribirten nämlich über einen Fall, wo Jemand der noch kein Testament errichtet hatte, in einem, nach dem damaligen Rechte formlosen Codicille ein Fideicommiß ausgesetzt, also einen gültigen Rechtsact vorgenommen hatte. Hier war nun die Frage: soll dieser gültige Act durch die spätere Errichtung des Testamentes rumpirt werden oder nicht? Die Kaiser erklärten

25) Vgl. über diesen Ausdruck §. 1511. b. S. 225. Note 95.

26) Zu meiner Freude hat sich Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 705. Note 7. Nr. 2. mit den dortigen Ausführungen ganz einverstanden erklärt.

sich für Nicht-Ruption und wir gewannen dadurch den Rechtssatz: ein Intestatcodicill verwandelt sich mit Errichtung eines Testaments in ein testamentarisches, wenn nicht der entgegengesetzte Wille des Erblassers auf gültige Weise vor oder in dem Testamente an den Tag gelegt ist [27]). Die nothwendige Voraussetzung hierbei ist aber natürlich, daß das Intestatcodicill gültig errichtet ist. Zur Zeit der Kaiser Severus und Antonin genügte freilich eine einfache Urkunde. Nach L. 8. §. ult. C. *h. t.* muß aber das Codicill, insofern es kein öffentliches oder privilegirtes ist, vor 5. Zeugen auf die oben geschilderte Weise errichtet werden. Ist dies nicht geschehen, so ist und bleibt das Codicill nichtig, mag der Erblasser später ein Testament errichtet haben oder nicht. Denn in §. 1. J. *h. t.* ist nicht die Convalescenz eines nichtigen, sondern das Fortbestehen oder die Nicht-Ruption eines gültigen Fideicommisses angeordnet [28]), indem der Ausdruck codicilli natürlich im Geiste der Justinianeischen Legislation nicht anders als auf ein gültiges d. h. in gehöriger Form errichtetes Codicill bezogen werden kann [29]).

27) Siehe §. 1511. a. S. 194.

28) Daß die Kaiser keineswegs die Convalescenz eines nichtigen Actes beabsichtigt haben, geht auch daraus hervor, daß ihre Verfügung sich nur auf Fideicommisse, nicht auf Legate, bezieht. Denn Legate wären in einem Intestatcodicille nichtig angeordnet gewesen, und konnten nur durch eine ausdrückliche confirmatio in praeteritum Gültigkeit erhalten. Vgl. §. 1511. a. S. 177. Note 59. — Daß aber auch die römischen Juristen einer Convalescenz nichtiger Fideicommisse abhold waren, geht aus den in §. 1510. S. 43. erörterten Beispielen hervor.

29) Dieser Einfluß des neueren Rechtes ist in den Motiven

§. 1513. g.

Verhältniß der L. 8. §. ult. C. *h. t.* zu den übrigen Arten der letztwilligen Verfügungen. — Die formlosen letzten Willenserklärungen insbesondere.

Das römische Recht bietet uns in seinen öffentlichen und solennen, außerordentlichen und privilegirten Privattestamenten, in den allen diesen Arten der Testamente entsprechenden testamentarischen und Intestatcodicillen, in dem s. g. Oralfideicommisse, der divisio parentum inter liberos, dem s. g. testamentum posterius imperfectum, der Realrevocation und der eigenthümlichen Form für den wörtlichen Widerruf der Testamente, einen fast allzu großen und in keinem anderen Rechte in diesem Maaße vorkommenden Reichthum an Formen für einseitige letztwillige Verfügungen dar[30]). Halten wir uns davon hier nur an die allgemeineren Formen der Testamente und Codicille, so können wir die letztwilligen Verfügungen, wie dies bereits in §. 1509. S. 22. vorläufig geschehen ist, in drei Classen eintheilen, je nachdem sie entweder nur in einem Testamente, oder auch in einem Codicille, oder endlich auch ganz formlos angeordnet werden können.

der Urtheile eines in Matthis allgemeiner juristischer Monatsschrift für die Preußischen Staaten 6ter Bd. S. 196—222. mitgetheilten Rechtsfalls ganz übersehen worden, obgleich die Entscheidung selbst sich aus dem Gesichtspunkte einer mystischen Verfügung rechtfertigen läßt.

30) Diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche in Gestalt eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden vorgenommen werden, wie die donatio mortis causa, oder welche mit einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden verbunden werden, wie z. B. die Verfügung der Einrechnung auf den Pflichttheil bei einer donatio inter vivos kommen an diesem Orte natürlich nicht mit in Betracht.

Durch die bisherigen Untersuchungen haben wir nun die Verfügungen der ersten, und einen Theil der Verfügungen der zweiten Classe dahin kennen lernen, daß Anordnungen über die directe Erbfolge nur in einem Testamente, sonstige letztwillige Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung aber nur in einem Testament oder in einem bestätigten Codicille getroffen werden können[31]). Um diese Uebersicht zum Abschlusse zu bringen, haben wir in dem gegenwärtigen Paragraphen noch festzustellen, welche letztwillige Verfügungen keiner Form unterworfen sind, und welche mindestens die Form eines unbestätigten oder Intestatcodicills erfordern[32]). Auch in dieser Beziehung ist zuerst durch **L. 1. C. Th.** *h. t.* (**IV. 4.**) und sodann durch unsere **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* oder **L. 7. §. 2. i. f. C. Th.** *h. t.* eine bedeutende Rechtsänderung hervorgebracht worden, indem hiernach regelmäßig jede letztwillige Verfügung, Legat wie Fideicommiß, Erbschaftstheilung u. s. w. nur in einer der bisher besprochenen Formen vorgenommen werden kann. Dennoch ist durch die zuletzt gedachte Verordnung die dritte Classe der letztwilligen Verfügungen keineswegs völlig aufgehoben worden.

Fassen wir in dieser Beziehung zunächst die vermögensrechtlichen letzten Willensverfügungen in's Auge, so müssen wir den allgemeinen Grundsatz aufstellen:

alle unselbstständige letztwillige Verfügungen sind nach wie vor an keine Form gebunden.

Die **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* erstreckt sich nämlich nur, wie in dem Folgenden genauer nachgewiesen werden

31) Siehe §. 1511. S. 75—144. und §. 1511. b. S. 201—210., insbesondere S. 209.

32) Eine vollständige Erörterung dieses Punktes im Zusammenhange vermisse ich in unserer bisherigen Literatur.

wird auf die selbstständigen d. h. die positiv anordnenden letzten Willenserklärungen, wie Legate und Fideicommisse, directe und fideicommissarische Freiheitsertheilungen, anticipirte Erbschaftstheilungen. Nur solche positiv anordnende Verfügungen, welche den eigentlichen Kern der letzten Willenserklärungen, und in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch den alleinigen Inhalt einer letzten Willenserklärung bilden, sind unter der **ultima voluntas** der **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* zu verstehen. Die durch diese Formvorschrift nicht betroffenen unselbstständigen letztwilligen Verfügungen lassen sich aber auf drei Arten zurückführen, nämlich auf die bloß erklärenden und erläuternden, die widerrufenden und erlassenden, und die einfach bestätigenden.

A. Erklärungen und Erläuterungen einer in einem Testamente oder einer sonstigen gültigen letzten Willenserklärung getroffenen Verfügung sind schon ihrem Begriffe nach keiner Form unterworfen, weil sie nicht selbst die **ultima voluntas**, sondern nur Erklärungen und Erläuterungen einer **ultima voluntas** sind. Dieser entscheidende und im Allgemeinen auch niemals verkannte[33]) Gesichtspunkt wird auf das Ueberzeugendste von Ulpian im 2ten Buche ad Sabinum[34]) mit folgenden Worten hervorgehoben:

> **Si quid post factum testamentum mutari placuit omnia ex integro facienda sunt**[35]). **Quod**

33) Siehe z. B. Meier in der Fortsetzung von Schweppe's römischem Privatrecht 5ter Bd. §. 801. S. 80. Note 5. Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Bd. S. 673. Sintenis in der oben S. 136. abgedruckten Stelle.

34) L. 21. §. 1. D. *qui testam. facere* (XXVIII. 1.)

35) Ulpian hatte hier, wie der Zusammenhang der Stelle klar erweist, nur Aenderungen rücksichtlich der Legate,

vero quis obscurius in testamento vel nuncupat vel scribit, an post solemnia explanari possit quaeritur, utputa Stichum legaverat, cum plures haberet, nec declaravit de quo sentiret: Titio legavit, cum multos Titios amicos haberet: erraverat in nomine vel praenomine vel cognomine, cum in corpore non errasset, poteritne postea declarare de quo senserit? Et puto posse: nihil enim nunc dat, sed datum significat. Sed et si notam postea adjecerit legato, vel sua voce vel litteris, vel summam vel nomen legatarii quod non scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Et puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi; nam et si adjecta non fuisset, utique placeret, conjectionem fieri ejus quod reliquit, vel ex vicinis scripturis vel ex consuetudine patrisfamilias vel regionis.

Hieher müssen aber auch die in einer s. g. mystischen Verfügung vorbehaltenen Erklärungen, die Nennung des Namens des Erben u. s. w. insofern der Erblasser auf eine spätere formlose Schrift verwiesen hat, gerechnet werden. Viele Juristen der neueren Zeit halten freilich auch hier die Beobachtung der Codicillarform für nothwendig[36]). Allein diese Ansicht beruht nur auf einer

und ein nicht mit der confirmatorischen Clausel versehenes Testament vor Augen.

36) Berger Oec. jur. Lib. II. Tit. IV. §. IV. Not. 6. *M. G.* Wernher Lectissimae Commentationes in Pand. Tit. Qui testam. facere §. 34. pag. 567. und in der §. 1513. e. not. 26. angeführten Dissertation Th. XXV. und XXVI. *J. E. J.* Müller Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Fasc. II. Obs. 618. p. 219. sqq. Thibaut System des Pandekten-

Verkennung des in §. 1513. f. S. 116. fgg. genauer entwickelten juristischen Characters dieser mystischen Verfügungen. Die Anhänger dieser Ansicht haben nicht erwogen, daß es sich in diesem Falle gar nicht um eine selbstständige codicillarische Disposition handelt, daß vielmehr der Inhalt der Urkunde nur als die Erfüllung einer der Erbeinsetzung u. s. w. hinzugefügten Bedingung in Betracht kommt. Der Umstand, daß ohne diese Erklärung die letztwillige Disposition nicht würde ins Leben treten können, stempelt die Erklärung noch nicht zu einer selbstständigen, einer besonderen Form bedürfenden letztwilligen Erklärung. Widrigenfalls müßte man allen Factis, welche sich als Erfüllung einer der Erbeinsetzung u. s. w. hinzugefügten Bedingung herausstellen, und welche insofern allerdings Einfluß auf die Realisirung der letztwilligen Disposition haben, als ohne sie die letztere nicht ins Leben treten könnte, juristische Wirkung nur beilegen, wenn sie vor fünf rogirten Zeugen zur Existenz gekommen wären. Eine solche Absurdität hat freilich keiner dieser Juristen behauptet; allein die Absurdität der Consequenz ist der beste Beweis der Unmöglichkeit der Prämissen.

Zweifelhaft kann nur der Fall genannt werden, wenn der Erblasser sich bei der mystischen Verfügung gerade des Ausdruckes Codicill bedient, also wenn er z. B. gesagt hat: „Derjenige soll mein Erbe sein, welchen ich in einem späteren Codicille dazu ernennen werde“[37].

rechts §. 832. not. k. vgl. mit §. 934. not. x. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 66. not. f. M. Valett praktisches Pandektenrecht §. 976. hinter not. k. vgl. mit §. 1111. not. 59.

37) Die von römischen Juristen uns mitgetheilten Formulare dieser Art siehe in §. 1513. f. hinter Note 75.

Wird hier eine jede formlose schriftliche oder mündliche Erklärung des Erblassers hinreichen, oder ist eine Erklärung in Codicillarform nothwendig? Das Bedenken liegt hier nicht in der Rechts- sondern in der Thatfrage, ob der Erblasser unter dem Ausdrucke Codicill nur eine formlose oder eine formelle Erklärung verstanden hat? Im Zweifel muß man sich hier offenbar an den gewöhnlichen Sprachgebrauch im Sinne unseres heutigen Justinianeisch-römischen Rechtes, nach welchem auch die Codicille zu den solennen Willenserklärungen gehören, halten und demgemäß eine formlose Erklärung in diesem Falle für ungenügend erachten [38]).

Es besteht daher heutzutage noch ein praktisch wichtiger Unterschied zwischen den Verfügungen in einem confirmirten Codicille und den Bestimmungen in Folge einer mystischen Verfügung, indem nur die ersteren, nicht aber die letzteren, der Codicillarform bedürfen. Dies haben auch selbst solche Juristen anerkannt, welche sich hinsichtlich der in §. 1513. f. erörterten Streitfrage gegen J. H. Böhmer erklärt haben [39]). Daß die Formlosigkeit der

38) Hiefür hat sich auch *A.* Faber. Error. pragmatic. Dec. LXIX. Err. 3. erklärt. Es entscheidet hier der in §. 1513. f. S. 135. bei Note 20. hervorgehobene Gesichtspunkt.

39) Schweppe römisches Privatrecht §. 791. Note 6. (bei Mejer Note 5.) Seuffert praktisches Pandektenrecht 3ter Bd. §. 535. Note 16. (empfiehlt aber mit Recht als Cautel die Beobachtung der Codicillarform). Roßhirt Recht der Vermächtnisse 1ster Bd. S. 35. Note 2. Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Bd. S. 673. Note 20. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Bd. zu §. 473. S. 344. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. §. 171. S. 403. bei Note 40.

in einer mystischen Verfügung vorbehaltenen Erklärung allerdings manche Gefahr mit sich bringt, und daß es vom Standpunkte des Gesetzgebers aus sich sehr wohl rechtfertigen ließe, auch solche Erklärungen, gleich den in einem confirmirten Codicille abgegebenen, derselben Form zu unterwerfen ist nicht zu läugnen. In der Praxis selbst muß aber doch die Formlosigkeit sowohl der in Folge einer mystischen Verfügung abgegebenen als der in einem confirmirten Codicille enthaltenen Erklärungen nicht zu unbedingt verderblichen Resultaten geführt haben, weil die Preußische Gesetzgebung sich sogar, wie in §. 1513. f. bei Note 26. erwähnt wurde, bewogen gefunden hat, durch den §. 35. des Anhangs zum Allgemeinen Landrechte[40]) mit den Worten: „Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern, und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente selbst gleiche Kraft. Ob dergleichen Codicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit andern Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält", die ältere Praxis, im Gegensatze zu den strengeren Bestimmungen, welche das Preußische Landrecht ursprünglich enthielt, wiederherzustellen[41]).

B. Zu den erwähnten unselbstständigen Verfügun-

40) Dieser Paragraph ist in den neueren Ausgaben des Preußischen Allgemeinen Landrechts hinter §. 163. des 1sten Th. 12ten Titels eingeschaltet.

41) Bornemann Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts 6ter Bd. §. 395. S. 69—71. äußert sich allerdings sehr bitter über diese Umgestaltung des ursprünglichen Preußischen Landrechts.

gen gehören ferner die widerrufenden und erläsenden. Was zunächst

1) die widerrufenden anbetrifft, so hat bekanntlich Justinian für die Verbalrevocation des Testamentes resp. einzelner Erbeinsetzungen [42]) eine besondere Form vorgeschrieben [43]). Es kommen daher hier nur in Betracht:

a) die s. g. Realrevocation der schriftlichen Testamente resp. Codicille durch Vernichtung derselben oder ihres Inhaltes. Darüber, daß diese Fälle, obgleich auch sie eine ultima voluntas enthalten, nicht unter die allgemein lautenden Worte der L. 8. §. ult. C. *h. t.* zu subsumiren, oder mit andern Worten, daß diese Constitution nur auf solche letztwillige Anordnungen, welche durch Wort oder Schrift an den Tag gelegt werden, zu beschränken sei, kann nicht der mindeste Zweifel obwalten und ist auch niemals bestritten worden, weil Justinian nicht bloß die Darstellungen der juristischen Classiker unverändert in den Pandektentitel: *De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur* (XXVIII. 4.) aufgenommen, sondern auch selbst in einer besonderen Constitution, nämlich der L. 30. C. *de testam.* (VI. 23.) diese Realrevocation [44]), wie sie in

42) Siehe die Bemerkung im 44sten Th. des Comment. §. 1511. S. 125. Note 28.

43) L. 27. C. *de testam.* (VI. 23.) Siehe darüber Mühlenbruch im 38sten Th. des Commentars §. 1429. S. 274.

44) Von dieser Realrevocation hat Mühlenbruch im 39sten Th. des Comment. §. 1434. S. 79. fgg. ausführlich gehandelt. — Die s. g. Realrevocation durch Errichtung eines neuen Testamentes (siehe den 38sten Th. des Comment. §. 1430. S. 385. fgg.) oder eines neuen Codicills (siehe den 44sten Th. §. 1511. S.

dem früheren Rechte bestand, als geltend anerkannt. Durch eine solche keiner Form weiter bedürfende Realrevocation wird sogar ein früheres rumpirtes Testament in seiner alten Kraft wieder hergestellt, wenn der Erblasser die Realrevocation in der Absicht vorgenommen hat, daß das rumpirte Testament nunmehr wieder als tabulae supremae gelten solle[45]).

b) Auch die Verbalrevocation kommt hier in Betracht, aber nur soweit sie sich nicht auf die directe Erbfolge bezieht[46]), also namentlich der einfache Widerruf eines Vermächtnisses, sowohl eines Legates wie eines Fideicommisses u. s. w. Die Formlosigkeit dieser widerrufenden Verfügungen war indessen in früheren Zeiten sehr bestritten, indem gerade die Koryphäen der juristischen Literatur im 17ten Jahrhundert[47]), nach dem theil-

140.) gehört nicht hieher, weil es sich dabei zunächst um eine positiv anordnende Verfügung handelt, und wir es hier nur mit den widerrufenden Verfügungen als solchen zu thun haben.

45) L. 11. §. 2. D. *de bon. poss. sec. tabul.* (XXXVII. 11.) unten bei Note 86. abgedruckt. Vgl. auch Mühlenbruch im 39sten Th. des Commentars §. 1434. S. 101 fgg.

46) Denn von dieser handelt die bei Note 43. erwähnte L. 27. C. *de testam.* (VI. 23.)

47) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Tit. *de adim. legat.* §. 5. *G. A.* STRUV Syntagma jur. Exerc. XXXV. Th. 81. ibique *Petr.* MÜLLER. HARPPRECHT ad pr. J. *de ademt. legat.* nr. 5. BRUNNEMANN Comment. in Pand. ad L. 3. §. ult. D. *de adim. legat.* STRAUCH Diss. ad univ. jus justin. Diss. X. Th. 16. BERGER Oec. jur. Lib. II. Tit. IV. §. XXX.

weisen Vorgange der Glosse[48]), und zuletzt noch Em. Dunius[49]) die Ansicht aufstellten, daß der Widerruf in der gewöhnlichen Codicillarform erfolgen müsse. Diese Ansicht wurde indessen gegen das Ende des 18ten Jahrhunderts immer mehr verlassen[50]), und im gegenwärtigen Jahrhundert hat sich eine entschiedene Theorie und Praxis, für die Formlosigkeit dieser widerrufenden Verfügungen gebildet[51]).

48) Glossa *Probata* in L. 27. C. *de fideicomm.* (VI. 42.)

49) In der §. 1513. f. Note 21. angeführten Schrift p. 174.

50) Wesembecius Paratitla in Tit. D. *de adim. legat.* nr. 3. Stryk Usus modern. Pandect. Tit. *de adim. legat.* §. 1. 2. und de cautelis testam. Cap. XXIV. §. 41. (wo er aber wenigstens als Cautel die Zuziehung von 5. Zeugen anempfiehlt). Hoppius Comment. ad Inst. Tit. *de ademt. legat.* s. v. contrariis verbis. Westenberg Princip. jur. Tit. *de adim. legat.* §. 6. Schöpfer Synopsis Pandect. Tit. *de legat.* Nr. 106. *Sam. de* Cocceji Jus controv. Tit. *de adim. legat.* Qu. 1. Walch Introductio in controv. jur. civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. IV. §. 31.

51) Overbeck Meditationen 4ter Bd. Abh. 256. Hofacker principia juris T. II. §. 1585. Madihn Principia jur. rom. T. I. §. 655. Günther Principia jur. rom. T. II. §. 895. not. g. Thibaut System des Pandektenrechts §. 981. not. b. c. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 722. Note b. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1312. not. b. Bucher System der Pandekten 3te Aufl. §. 469. Note 2. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 475. not. k. Seuffert praktisches Pandektenrecht 3ter Th. §. 627. Note 1. 2. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandekten-

Auch Mühlenbruch hat diese Frage bereits behandelt, allein nur mit Rücksicht darauf: ob die durch L. 27. C. *de testam.* (VI. 23.) eingeführte Form der s. g. Verbalrevocation des Testaments auch auf die Vermächtnisse auszudehnen sei[52]? Diese Frage ist von ihm mit vollkommenem Rechte verneint worden. Im älteren Rechte war hier bekanntlich ein großer Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen. Letztere wurden durch einfachen Widerruf entweder ipso jure oder wenigstens exceptione doli entkräftet. Der einfache Widerruf einer

rechts §. 784. Note 3. Schweppe römisches Privatrecht §. 912. M. Balett prakt. Pandektenrecht §. 1227. Note 58. Puchta Pandekten §. 537. Note d. Bruno Schilling Pandektenrecht §. 619. Nr. 1. *α. β.* v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. 1ste Abth. Erbrecht. Kap. 10. §. 10. S. 866. zu Fr. 3. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. S. 732. fgg. Arndts in Weiske's Rechtslexikon 6ter Th. S. 298. und Desselben Lehrbuch der Pandekten (München 1852) §. 551. not. e. — Die Praxis wird bezeugt durch Urtheile bei STRYK Us. mod. Pand. l. c., ein responsum der Wittemberger Facultät; bei WERNHER Observ. T. I. Obs. 300. PUFENDORF Obs. jur. T. II. Obs. 116., und aus der neuesten Zeit durch ein Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Cassel in Strippelmanns Neuen Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 6ter Th. 3tes Heft S. 457. fgg. S. 461. — Vgl. ferner auch die in Note 56. citirten Schriftsteller. Vom legislatorischen Standpunkte aus möchte sich freilich Manches gegen diese Formlosigkeit des Widerrufs einwenden lassen.

52) Siehe den 38sten Th. des Commentars §. 1429. S. 320 — 334.

Erbeinsetzung war aber, insoweit er nicht als Indignitätserklärung in Betracht kam, wirkungslos. Um das alte Testament zu stürzen, bedurfte es eines neuen Testamentes. Indem nun die L. 27. C. cit. eine Form des Widerrufs für Testamente einführte, so wollte sie offenbar eine Erleichterung der bisherigen Art und Weise ein Testament zu vernichten, nicht aber eine Erschwerung des bisherigen formlosen Widerrufs, wo dieser zulässig war, wie bei Vermächtnissen, anordnen. Die hiervon ganz verschiedene Frage: ob die Formlosigkeit des Widerrufs der Vermächtnisse nicht durch unsere L. 8. §. ult. C. *h. t.* aufgehoben sei? hat aber Mühlenbruch, und zwar augenscheinlich aus dem Grunde, weil diese Frage in das Gebiet der Codicille gehört, nicht berührt.

Für die Anwendung der Codicillarform wurde in erster Linie unsere L. 8. §. ult. C. *h. t.*, in zweiter Linie der Grundsatz: **nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est**[53]), und der specielle Ausspruch über die Ademtion der Legate: **Quibus ex causis datio legati inutilis est, ex iisdem causis etiam ademtio inefficax habetur**[54]) geltend gemacht. Die Anhänger der diesseitigen Ansicht dagegen haben sich auf solche Pandekten- und Codexstellen berufen, in welchen der Grundsatz: **fideicommissa nuda voluntate infirmantur**[55]) ausgesprochen wird, und höchstens noch hinzugefügt, daß bei Legaten der Widerruf in Codicillarform ipso jure, ohne dieselbe aber nur ope exceptionis sc. doli wirke[56]). Allein auf die angeführten Stellen

53) L. 35. D. *de R. J.*

54) L. 14. §. 1. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

55) L. 18. D. *de leg. III.*

56) *Hug.* Donellus Comment. in Codic. ad L. 27. *de fideic.* Nr. 3. *Jac.* Cujacius Paratitla ad Tit. D. *de adim. legat.* Meier Colleg. Argent. Tit. *de*

allein kann unmöglich ein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Denn es ist ja eben die Hauptfrage: ob diese Stellen nicht durch die L. 8. §. ult. C. *h. t.* abgeändert sind? Die widerrufenden Verfügungen sind unstreitig **ultimae** oder **novissimae voluntates**[57]), und würden insofern allerdings unter die Worte der erwähnten Constitution passen. Die bloße Reception der obigen Stellen in die Pandekten und den Codex ist aber noch kein zur Annahme einer Restrictivinterpretation hinreichender Gegenbeweis. Denn in die Pandekten und den Codex ist ja überhaupt das alte Codicillarrecht unverändert aufgenommen. In den Pandekten namentlich tritt uns die Formlosigkeit der Codicille überall entgegen, und neben dem Grundsatze: **fideicommissa nuda voluntate infirmantur** findet sich auch der entsprechende Rechtssatz: **nutu etiam relinquitur fideicommissum** (§. 1509. S. 21.) So wenig wir nun aus den letzteren Worten schließen können und dürfen, daß die Anordnung der Fideicommisse an keine Form gebunden sei, eben so wenig können und dürfen wir auf die zuerst erwähnten Worte die Behauptung gründen, daß Fideicommisse formlos widerrufen werden können. Wir müssen uns daher nach einem stringenteren Beweise umsehen. Dieser kann aber auf

adimend. legat. Th. 5. Nr. I. WISSENBACH Comment. in Codic. ad L. 27. de fideic. HEINECCIUS Elementa jur. civ. sec. ord. Pand. §. 183. *J. C.* CONRADI jus privat. rom. civile Tit. *de adim. legat.* §. 2—4. Dabelow Pandekten 2ter Th. 2te Abth. §. 1161. not. p. Bauriedel theoretisch praktischer Commentar über die Pandekten zu §. 1556. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. 2te Abth. §. 1024. S. 596.

57) Vgl. nur z. B. L. 12. §. 3. D. *de leg. I.* L. 34. §. 2. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.)

folgende Art geführt werden. In dem älteren römischen Rechte existirte ein bedeutender Unterschied zwischen den anordnenden und widerrufenden letztwilligen Verfügungen. Der Widerruf eines Fideicommisses kann nämlich nicht bloß ausdrücklich und stillschweigend erfolgen, sondern es kommt auch sogar ein vermutheter Widerruf wie z. B. wegen ausgebrochener heftiger Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Fideicommissar vor[58]). Dieser vermuthete Widerruf wurde selbst im Wege einer exceptio doli auf die Legatare erstreckt[59]). Der Rechtssatz: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est[60]) hatte daher in Beziehung auf Legate keine ausschließliche Geltung mehr. Mit civilrechtlicher Wirkung, ipso jure, konnte allerdings ein Legat nur in einem bestätigten Codicille und contrariis verbis widerrufen werden[61]); allein der einfach formlose Widerruf führte vermittelst der exceptio doli in materieller Beziehung die nämliche Wirkung mit sich. Wir treffen daher hier die gleiche Erscheinung wie bei den Obligationen an: die Aufhebung des Rechtsverhältnisses geht in einer leichteren Form vor sich, als die Begründung desselben[62]). Daß es nun die Absicht der späteren Gesetzgebung, obgleich die L. 8. §. ult. C. *h. t.* sich allerdings ganz allgemein ausgedrückt hat, nicht gewesen ist, dieses eigenthümliche Verhältniß zwischen Aufhebung

58) Vgl. L. 3. §. 11. L. 11. §. 12. L. 18. L. 22. L. 29. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) L. 8. pr. D. *de leg. I.* Das Genauere hierüber muß dem §. 1556. vorbehalten bleiben.

59) L. 3. §. 11. D. cit.

60) L. 35. D. *de R. J.*

61) Siehe §. 1511. b. S. 204.

62) L. 47. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.) L. 99. pr. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

und Begründung der Fideicommisse resp. Legate aufzuheben, daß mithin die gedachte Constitution nicht auf die bloß widerrufenden Verfügungen zu beziehen ist, geht daraus klar hervor, daß Justinian selbst nicht bloß die Grundsätze über die Realrevocation der Testamente resp. Erbeinsetzungen und Vermächtnisse[63]), sondern auch über die stillschweigende ademtio der Legate als geltend anerkennt[64]). Wenn nun in diesen Fällen der Beweis der relevanten Facta durch zwei Zeugen oder Eidesdelation u. s. w. geführt werden kann, so muß dies nothwendigerweise auch wegen eines bloß wörtlichen Widerrufs Statt finden. Unter diesen Umständen darf man allerdings der Reception der ältern Grundsätze über die Ademtion der Vermächtnisse mehr als ein bloß historisch-theoretisches Interesse zuschreiben. Diese Grundsätze sind vielmehr hiernach im Sinne des Justinianeischen Rechtes als Modificationen der L. 8. §. ult. C. *h. t.* zu betrachten und aufzufassen.

2) In der nächsten Verwandtschaft mit diesen widerrufenden Verfügungen stehen die erlassenden d. h. diejenigen Verfügungen, wodurch der Erblasser einem Erben oder Vermächtnißnehmer Rechte entzieht, welche demselben ohne diese Verfügung kraft Gesetzes zugestanden haben würden, Erlaß der cautio legatorum servandorum causa, Erlaß der Collation und des Abzuges der quarta Falcidia. Der ganze Unterschied zwischen den widerrufenden und erlassenden Verfügungen besteht nur darin, daß der Erblasser im ersten Falle Rechte entzieht, welche er selbst verliehen hat, im zweiten Fall aber solche, welche das Gesetz verliehen hat. Sind aber die widerrufenden Verfügungen im Justinianeischen Rechte form-

63) L. 30. C. *de testam.* (VI. 23.)
64) §. 12. J. *de legat.* (II. 20.)

los, so muß dies auch von den erlassenden Verfügungen gelten, da diese in dem hier allein entscheidenden wesentlichen Punkte, daß sie Rechte entziehen, mit den widerrufenden übereinstimmen. Hiermit stehen auch die einzelnen Entscheidungen unserer Quellen, so weit sie auf diese Frage Bezug haben, in vollkommener Uebereinstimmung. So ist namentlich

a) der Erlaß der cautio legatorum servandorum causa durch den Kaiser Mark Aurel[65]) mit den Worten: quocunque enim indicio[66]) voluntatis cautio legati vel fideicommissi remitti potest gestattet[67]). Hiernach ist entschieden weder eine bestimmte Form noch eine bestimmte Formel zur Anordnung eines solchen Erlasses, sondern nur eine einfache ausdrückliche oder stillschweigende d. h. auf concludenten Factis beruhende Willenserklärung nothwendig. Dies beweist nicht nur der Ausdruck: indicium voluntatis an und für sich, sondern auch insbesondere der Umstand, daß dieser Ausdruck in einer Stelle Papinians[68]) gerade im Gegensatze zu einer Erklärung im Testamente oder Codicille gebraucht wird.

b) Was den Erlaß der Collation[69]) anbetrifft, so

65) L. 2. C. *ut in poss. legat.* (VI. 54.) Früher war der Erlaß des Erblassers nichtig L. 12. D. *eod.* (XXXVI. 3.) L. 46. D. *de pactis* (II. 14.) In L. 7. C. *ut in poss. legat.* (VI. 54.) wird die Erlaubniß auf Mark Aurel und Commodus zurückgeführt.

66) Mehrere Handschriften haben iudicio. Siehe aber die Bemerkung in §. 1511. a. S. 169. Note 41.

67) Diese Worte gebraucht auch Papinian in L. 77. §. 3. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

68) L. 5. D. *h. t.*, erläutert in §. 1511. a. S. 168. fgg.

69) Vgl. darüber insbesondere: Mein Recht der Collation (Heidelberg 1842.) §. 67. S. 394—403.

haben sich die meisten Schriftsteller hier, wie bei so manchem der in diesem Paragraphen behandelten Verhältnisse, nicht mit der wünschenswerthen Bestimmtheit geäußert. Nur Einige erklären ausdrücklich ein formloses Verbot für genügend [70] oder für ungenügend [71], oder unterscheiden zwischen der testamentarischen und Intestaterbfolge, indem sie entweder nur bei der letzteren [72], oder nur bei der ersteren ein formloses Verbot zulassen [73].

Nach dem Rechte des Codex war das Verbot der Collation schon deshalb ganz entschieden an keine Form gebunden, weil überhaupt der **arbiter familiae herciscundae** auch den formlos erklärten letzten Willen der sämmtlichen Ascendenten als Richtschnur befolgen mußte [74].

70) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Tit. *de collat. bonorum* §. XXV. *Sam.* STRYK Succ. ab intest. Dissert. XI. Cap. VI. §. 8. Pfizers Collation §. 224. not. a. Göschens Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. S. 479. Mein Recht der Collation S. 394—396. Arndts im Art. Einwerfung in Weiske's Rechtslexikon 3ter Bd. S. 833. (gleichzeitig mit meiner gedachten Schrift) Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Bd. §. 189. S. 544. Note 12. Auch v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. S. 767. zu Fr. 11. muß wohl hieher gerechnet werden.

71) Schweppe's römisches Privatrecht, fortgesetzt von Mejer 5ter Bd. §. 863. Note 7. Mayers Erbrecht 1ster Th. §. 128. Note 1.

72) Francke civilistische Abhandlungen (Göttingen 1826.) S. 247. Note 184.

73) MASCOVIUS de collat. §. 31. GÜNTHER principia juris §. 844. Note o.

74) L. 21. §. 1. C. *de testam.* Diese Stelle ist freilich interpolirt. Siehe darüber Mein Recht der Collation §. 67. S. 396. Note 3.

Dieser letztere Punkt hat sich durch Nov. 18. cap. 7. und Nov. 107., welche die s. g. divisio parentum inter liberos und das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern einführten, geändert, und man könnte daher leicht geneigt sein, diese Aenderung auch auf das Verbot der Collation zu erstrecken, und mindestens eine solche privilegirte Form dafür zu erfordern. Allein der Beweis der Formlosigkeit dieses Erlasses läßt sich durch die eigenen Bestimmungen Justinians führen. Der die neuere Collation der Descendenten beherrschende Grundgedanke war nämlich die Vermuthung, daß der Erblasser, durch Hingabe eines der Collation unterworfenen Gegenstandes an einzelne Descendenten, diese dadurch nicht vorzugsweise habe begünstigen wollen[75]). Diese Vermuthung wurde aber früher bei der testamentarischen Erbfolge nicht zur Anwendung gebracht, offenbar, weil hier der Erblasser selbst die gesammte Nachfolge in sein Vermögen geordnet hatte, und man sich, wegen seines Stillschweigens über die Collation, zu dem Schlusse berechtigt glaubte, daß sie seinem Willen nicht gemäß sei. Dies ändert Justinian in Nov. 18. cap. 6. ab[76]). Er überträgt das Institut der Collation mit folgenden Worten auch auf die testamentarische Erbfolge in das Vermögen der Ascendenten[77]):

> Illud quoque bene habere credidimus hac lege complecti. Prioribus enim legibus volentibus in collationibus, si quidem sine testamento morerentur parentes, collationes secundum

75) Vgl. Meine angeführte Schrift §. 49. S. 284. fgg.

76) Ueber diese Novelle vgl. die Ausführungen in der gedachten Monographie §. 64—66. S. 371—393.

77) Der Text ist nach der Ausgabe des Authenticum von *G. E.* HEIMBACH (Lips. 1846.) p. 188. sq. abgedruckt.

earum virtutem fieri, si vero testati, nihil dicentes de eis, locum non fieri collationibus, sed et res habere per dotem forte aut alio modo datas, et quae sunt relicta defendere, nos sancimus, non esse omnino talem opinionem, sed sive quispiam intestatus moriatur seu testatus, (quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum aut pro tumultu mortis angustiatus hujus non est memoratus)[78]) omnino esse collationes, et exinde aequalitatem secundum quod olim dispositum est, nisi expressim designaverit ipse, velle non fieri collationem sed habere eum qui cogitur ex lege conferre et quod jam datum est et ex jure testamenti etc.

Der Grund der Uebertragung besteht hiernach also in der Ungewißheit, ob nicht der Erblasser bloß aus Vergessenheit oder aus Todesangst der Collation keine Erwähnung gethan habe. Sobald wir also Gewißheit darüber haben, daß der Erblasser die Collation unter seinen Descendenten nicht beabsichtigt hat, so ist damit das Fundament der Collation zerstört. Die Vermuthung muß der Gewißheit weichen. Die Gewißheit schöpfen wir aber aus jeder bewiesenen Willenserklärung, mag sie in einer bestimmten Form oder formlos abgegeben worden sein. Justinian hat allerdings bei den Worten: nisi expressim designaverit ipse — ex jure testamenti, welche sich vermöge der Partikel sed (ἀλλὰ) als ein zusammenhängendes Ganze darstellen, nur die testamentarische Erbfolge und eine Erklärung im Testamente vor Augen[79]). Allein dies ist ganz entschieden nur beispiels-

78) Die Einschließung der Worte quoniam — memoratus in eine Parenthese läßt sich nicht rechtfertigen.

79) In Meinem Rechte der Collation §. 67. S. 395.

weise geschehen, indem diese Ausnahme keineswegs die Sache erschöpfen sollte. In dem Hauptsatze (sive quispiam **intestatus** u. s. w.) wird nämlich sowohl von der Intestat- wie von der testamentarischen Erbfolge gehandelt. Wollte man nun, gestützt auf die Worte der Novelle, als alleinige Ausnahme des Eintritts der Collation nur das Verbot im Testamente anerkennen, so käme man dadurch zu dem Resultate, daß ein solches Verbot bei der Intestaterbfolge unmöglich sei; ferner wären dadurch diejenigen Fälle gar nicht ergriffen, wo der Erblasser erst nach Errichtung des Testamentes seinen Descendenten Gaben zugewendet hat, welche kraft Gesetzes der Collation unterworfen sind. Soll er nun etwa, um die Collation abzuwenden, gezwungen sein, ein neues Testament zu errichten, und in diesem die Collation zu verbieten? Ich kann wohl mit absoluter Gewißheit annehmen, daß kein Jurist solche Absurditäten wird vertheidigen wollen. In diesem Falle ist aber auch die obige Annahme gerechtfertigt. Die Erklärung im Testamente ist nur beispielsweise angeführt; auch jede andere Willenserklärung genügt, weil dadurch die Ungewißheit und die darauf gebaute Vermuthung hinwegfällt. Für diese Formlosigkeit der Willenserklärung spricht ferner die correctorische Natur der Novelle, kraft welcher

hatte ich den Satz: nisi expressim designaverit ipse, se velle non fieri collationem auf den ganzen Hauptsatz d. h. sowohl auf die Intestat- als die testamentarische Erbfolge und nur den Nachsatz sed habere eum auf die testamentarische Erbfolge bezogen. Ich glaube aber jetzt, daß dies sich aus dem im Texte angegebenen Grunde grammatisch nicht wohl rechtfertigen läßt. Beide Erklärungsweisen führen übrigens, wie aus dem Texte ersichtlich, in der Hauptsache zu dem nämlichen Resultate.

den Worten, sobald sie dies gestatten, der Sinn untergelegt werden muß, welcher die möglichst kleinste Summe von Aenderungen an dem bisherigen Rechtszustande in sich schließt.

Hat nun Justinian nach dem Bisherigen in **Nov. 18. cap. 6.** die Formlosigkeit des Erlasses der Collation anerkannt, so kann er dieselbe unmöglich durch das unmittelbar darauf folgende cap. 7., in welchem die Form für die s. g. **divisio parentum inter liberos** festgesetzt wird, aufgehoben haben. Eben so wenig kann aber auch der das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern einführenden **Nov. 107.** ein Einfluß auf unsere Frage zugeschrieben werden. Denn die Formlosigkeit des Verbotes der Collation war damals nicht bloß durch **L. 21. §. 1. C.** *de testam.* **(VI. 23.)**, sondern eben sowohl durch unseren obigen Grundsatz über die Formlosigkeit der widerrufenden und erlassenden Verfügungen, als auch durch das der neueren Collation der Descendenten zu Grunde liegende Princip zu rechtfertigen. Ist daher auch durch **Nov. 107.** die **L. 21. §. 1. C.** *cit.* aufgehoben, so bestehen doch die beiden andern Gründe in unveränderter Geltung fort [80].

c) Das Verbot des Abzuges der **quarta Falcidia**, wodurch dem directen Erben ein Recht entzogen wird, welches ihm die **lex Falcidia** gewährt hatte, ist bekanntlich erst durch Justinian in **Nov. 1. cap. 2. §. 2.** erlaubt worden [81]. Die Worte, deren sich der Kaiser

80) Arndts a. a. O. S. 833. macht auch mit Recht noch geltend, daß eine Vergleichung mit den Prälegaten nicht statthaft sei, weil es sich bei der Collation um etwas handle, was nicht mehr zur Erbschaft gehört, und nicht aus der Erbschaft genommen wird.

81) Vgl. die früheren Bestimmungen in **L. 15. §. 1. §. 8.**

bei dieser Gelegenheit bedient: ⁷ Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam u. s. w. sind zunächst wohl, gerade wie die sehr ähnlich lautenden oben erläuterten Worte in der späteren Nov. 18. cap. 6. über das Verbot der Collation, auf ein Verbot im Testamente zu beziehen, indem Justinian in dem gedachten §. 2. überall nur von der testamentarischen Erbfolge handelt. Allein auch hier gilt im Ganzen das Nämliche, was oben über die beim Verbote der Collation gebrauchten Ausdrücke bemerkt wurde. Man kann unmöglich eine Erklärung im Testamente als die ausschließliche Form für das Verbot des Abzugs der quarta Falcidia betrachten, und deshalb z. B. ein solches Verbot für die Intestaterbfolge verwerfen. Sobald man aber davon ausgeht, daß diese Erklärung im Testamente nur beispielsweise angeführt, oder daß die fragliche Bestimmung wenigstens analog auszudehnen ist, so muß man natürlich die Regel aufsuchen, welche die übrigen Fälle beherrscht. Das Verbot des Abzuges der quarta Falcidia ist aber eine ultima voluntas und fiele daher zunächst unter den Wortlaut unserer L. 8. §. ult. C. *h. t.* Allein wir haben auch als eine besondere Gruppe von Ausnahmsfällen die widerrufenden und erlassenden Verfügungen kennen gelernt. Diesen gehört das Verbot des Abzuges der quarta Falcidia an, und muß deshalb zu den formlosen letzten Willenserklärungen gerechnet werden [82].

L. 27. D. *ad leg. Falc.* (XXXV. 2.) L. 11. C. *eod.* (VI. 50.)

82) Alle unsere neueren Lehr- und Handbücher über römisches Recht reden von der Zulässigkeit des Erlasses der cautio legatorum servandorum causa und des Abzuges der quarta Falcidia in so allgemeinen Aus-

Hieher gehören denn auch die Indignitätserklärungen, welche, insofern sie eine testamentarische Erbschaft oder Vermächtnisse zum Gegenstande haben, den widerrufenden Verfügungen, und insofern sie sich auf das Intestaterbrecht beziehen, den erlassenden Verfügungen gleichzustellen sind, indem in dem ersten Falle dem indignus Vortheile entzogen werden, welche ihm der Erblasser zugewendet hatte, während es sich im zweiten Falle um Vortheile handelt, welche dem indignus kraft Gesetzes zustanden. Der Beweis für diese Behauptung kann indessen erst in der Lehre von der Indignität geliefert werden, da die Frage nach der Form der Indignitätserklärungen mit Streitfragen über das eigentliche Wesen der Indignitätserklärungen zusammenhängt, deren Erörterung zu weit vom Gebiete der Codicille abführen würde [83]).

3) Die letzte Art der unselbstständigen Verfügungen bilden die einfach bestätigenden, d. h. diejenigen Willenserklärungen, durch welche eine ursprünglich in formeller Hinsicht gültig errichtete letzte Willensverfügung, deren Wirksamkeit durch ein späteres Ereigniß sistirt war, in ihrer ursprünglichen Wirksamkeit wieder hergestellt wird [84]).

drücken, daß sie sich die Frage: ob dieser Erlaß der Codicillarform bedürfe oder nicht, offenbar nicht vorgelegt haben. Aus der Unbestimmtheit könnte man indessen am meisten wohl noch darauf schließen, daß sie die Codicillarform als sich von selbst verstehend voraussetzen.

83) Vgl. auch die Bemerkungen in §. 1511. S. 126—128.

84) Die einzelnen Fälle können hier natürlich nicht vollständig aufgezählt werden. Sie sind theils schon von Mühlenbruch im 39. Th. des Comment. §. 1433.

In dieser Beziehung wird namentlich darauf aufmerksam gemacht, daß die S. 151. bei Note 59. erwähnte exceptio doli hinwegfällt, sobald der Erblasser nach entstandener heftiger Feindschaft sich mit dem Vermächtnißnehmer wieder aussöhnt[85]). Eine andere interessante Anwendung einer solchen bestätigenden Verfügung findet sich in folgender Stelle aus Papinians lib. 13. quaestionum[86]):

> Testamento facto Titius adrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit. Scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerit, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relin-

S. 26—35. berührt, theils müssen sie bei der bonorum possessio secundum tabulas noch genauer erörtert werden.

85) L. 4. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.), aus welcher Stelle der bekannte Rechtssatz: ambulatoria est hominis voluntas usque ad vitae supremum exitum abstammt.

86) L. 11. §. 2. D. *de bonorum possessione secundum tabulas* (XXXVII. 11.) Diese Stelle ist bereits mehrfach, nämlich in §. 1510. S. 64. Note 71. (wo sich auch Verweisungen auf frühere Theile des Commentars finden) und §. 1512. S. 362. fgg. aber nur hinsichtlich einzelner Punkte zur Sprache gekommen.

queret[87]). **Nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum. Non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.**

Der Erblasser hatte sich nach Errichtung eines formell und materiell gültigen Testamentes arrogiren lassen, und sein Testament, nachdem er durch den Tod seines neuen Hausvaters **sui juris** geworden war, bestätigt. Nach Civilrecht war das Testament durch die Arrogation **irritum** geworden, und konnte auch durch die spätere Bestätigung nicht wieder zu Kräften kommen. Nach prätorischem Rechte dagegen konnte aus demselben, insofern es nur von den 7. Zeugen unterschrieben und besiegelt war, **bonorum possessio secundum tabulas** nachgesucht werden. Allein die civilrechtlichen Intestaterben konnten dem **scriptus heres**, welcher die **bonorum possessio** erhalten hatte, sobald er gegen sie, wenn auch mit dem **interdictum quorum bonorum** klagte, die **exceptio doli** opponiren, weil er die Succession gegen den Willen des Erblassers in Anspruch nahm, indem Letzterer das Testament durch seinen freien Willensentschluß, d. h. dadurch, daß er sich arrogiren ließ, gestürzt hatte. Diese **exceptio doli** wurde aber natürlich beseitigt, sobald der Erblasser nach wieder erlangter Selbstständigkeit das Testament durch irgend eine Willenserklärung bestätigt hatte. Wenn Papinian hier nur **codicilli aut aliae literae** erwähnt, so darf man darauf nicht mit Marezoll[88]) die Behauptung gründen, daß diese Bestätigung nur in einem Codicille oder einer sonstigen Ur-

87) Siehe oben S. 148. Note 45.

88) Archiv für civilistische Praxis 8ter Bd. S. 204. Nr. II.

kunde vorgenommen werden dürfe. Papinian hat vielmehr den Fall der Schrift nur als den häufigsten beispielsweise hervorgehoben[89]. Dies geht erstens aus dem Zusammenhange der Stelle auf das Deutlichste hervor. Denn die exceptio doli stützt sich eben darauf, daß der eingesetzte Erbe contra voluntatem des Erblassers klage. Diese exceptio ist durch den Umstand der Arrogation liquide. Dem Kläger liegt daher der Nachweis ob, daß er secundum voluntatem klage, oder wie es in der Stelle selbst heißt: voluntatem judicio recenti rediisse. Hiezu muß aber jede Willenserklärung genügen. Eine Beschränkung auf bloß schriftliche Erklärungen wäre eine durch nichts zu rechtfertigende Singularität, mit welcher Papinian gewiß die juristische Literatur nicht hat bereichern wollen. Zweitens spricht dafür aber auch die innere Verwandtschaft dieser bestätigenden Verfügungen mit den zur Zeit der juristischen Classiker ganz entschieden formlosen widerrufenden Verfügungen. Wenn nämlich der einfache Widerruf keiner Form bedarf, so kann auch der Widerruf eines Widerrufs keiner Form unterworfen sein. Diesem letzteren muß aber die bestätigende Erklärung in dem obigen Falle gleich behandelt werden. Denn der Erblasser hat eben durch seine Arrogation, also durch seinen freien Willensentschluß, gleichsam wie durch einen Widerruf, die Unwirksamkeit seines Testamentes herbeigeführt, und seine jetzige Willenserklärung hat nur den Zweck, die Wirkung dieser selbst herbeigeführten Unwirksamkeit rückgängig zu machen. Mit diesen Gründen ist denn auch zugleich die Ansicht des Em. Dunius[90]) widerlegt, welcher noch weiter als

89) Dies ist auch anerkannt von Schweppe römisches Privatrecht §. 871. und von Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1ter Th. S. 37. fgg.

90) In der S. 95. Note 21. angeführten Dissertation p. 174.

Marezoll gegangen ist, und geradezu die Beobachtung der Codicillarform für diesen Fall verlangt[91]). Uebrigens kann man den in dieser Stelle enthaltenen, uns gerade hier interessirenden Rechtssatz auch folgendermaaßen ausdrücken: die Willenserklärung, wodurch eine bonorum possessio sine re in eine bonorum possessio cum re verwandelt wird, unterliegt keiner Form. Wo dagegen eine letzte Willenserklärung, wie in L. 1. C. *h. t.*[92]) durch gewisse Ereignisse ganz und gar nichtig geworden ist, da kann heutzutage nur eine Bestätigung in Codicillarform einem solchen letzten Willen diejenige Wirksamkeit verleihen, welche überhaupt eine Codicillardisposition hervorzubringen vermag.

Die letzte Frage, welche sich uns jetzt nach Erörterung der vermögensrechtlichen letzten Willensverfügungen darbietet, besteht darin: ob die vormundschaftlichen letztwilligen Anordnungen der zweiten oder der dritten Classe der letzten Willenserklärungen angehören, oder mit andern Worten, ob sie der Codicillarform bedürfen oder nicht?[93]) Bei Beantwortung dieser Frage stößt man

91) Vorzugsweise veranlaßt ist diese Behauptung des Em. Dunius durch die schon oben in §. 1512. S. 362. fgg. gerügte Auffassung der Worte „codicillis aut aliis literis." Indem Dunius nämlich unter diesen Worten die bestätigten und die unbestätigten Codicille versteht, so verlangt er nun auch im Sinne der Justinianeischen Legislation die Beobachtung der Codicillarform.

92) Siehe darüber §. 1511. S. 107. fgg.

93) Diese in §. 1512. a. S. 412. Note 86. bereits vorläufig angedeutete Frage habe ich im Zusammenhange nirgends aufgeworfen und beantwortet gefunden. Die Literatur über einzelne Streitfragen wird an den betreffenden Orten angegeben werden.

auf manche Schwierigkeiten. Die richtigste Antwort ist aber doch unstreitig, daß sie nach älterem wie nach neuerem Rechte in die zweite Classe, d. h. zu denjenigen Verfügungen, welche mindestens die Codicillarform erfordern, zu setzen sind. Rücksichtlich der s. g. **tutela testamentaria** perfecta ist dies über allen Zweifel erhaben, indem eine solche nur in einem Testamente oder in einem bestätigten Codicille angeordnet werden konnte[94]. Hinsichtlich der übrigen Arten liegt aber der Beweis für die obige Behauptung darin, daß überall wo sich in Edikten oder Senatusconsulten solche vormundschaftliche Anordnungen vorfinden, nur Testament oder Codicill angeführt werden, und daß auch sonst kein einziger Fall vorkommt, wo einer ganz formlosen vormundschaftlichen Anordnung die juristische Wirkung beigelegt würde, welche sonst durch die vormundschaftlichen Anordnungen hervorgebracht wird[95]), während bei den wirklich formlosen Verfügungen, wie z. B. bei den Fideicommissen und den widerrufenden Verfügungen sehr häufig auf die Formlosigkeit und namentlich darauf, daß dieselben auch bloß mündlich angeordnet werden können, aufmerksam gemacht wird[96]). Die vormundschaftlichen Anordnungen unterscheiden sich aber auch dadurch wesentlich von den vermögensrechtlichen, daß bei den letzteren, auch wenn sie formlos vorgenommen sind, der Beweis doch auf dem gewöhnlichen processualischen Wege, namentlich durch Eidesdelation, hergestellt werden kann. Von der Eidesdelation, so wie von dem Ergänzungs- oder Reinigungseide kann aber bei diesen vormundschaftlichen Anordnun-

94) Siehe §. 1511. b. S. 208.

95) Siehe §. 1509. S. 5. fgg.

96) Wegen der Fideicommisse siehe §. 1512. a. S. 412. Note 85., und wegen der widerrufenden Verfügungen oben S. 153. Note 58.

gen kein Gebrauch gemacht werden, weil es sich hier nicht um Rechte handelt, welche im Wege des Processes der Willkühr und dem Verzichte der Parteien zu überlassen wären. Es kann uns daher gar nicht Wunder nehmen, wenn die Vormundschaftsbehörde und der Vormund nur an eine schriftliche Anordnung des Erblassers, als an einen sicheren Anhaltspunkt, für gebunden erklärt werden[97]. Ist aber auf diese Weise für die vormundschaftlichen Anordnungen nach classischem Pandektenrechte die Codicillarform nothwendig, so haben wir, da auch die vormundschaftlichen Anordnungen zu den **ultimae voluntates** gehören, keinen Grund sie vermöge einer Restrictivinterpretation dem Umfange unserer **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* zu entziehen. Auch die deutschen Reichsgesetze haben in diesem Punkte nirgends eine Aenderung vorgenommen; sie stehen vielmehr ganz auf dem Boden des römischen Rechts, und sind aus diesem, wie immer, im Zweifelsfalle zu interpretiren. Wenn daher die Reichs-Polizei-Ordnung vom Jahre 1577. Tit. 32. §. 1. den Rechtssatz aufstellt, daß die den Pupillen und minderjährigen Kindern von ihren Eltern in „Testamenten oder letzten Willen" verordnete Vormünder allen übrigen vorgehen sollen, so wird hier offenbar ein formell gültiges Testament oder Codicill vorausgesetzt[98].

Um nun den Beweis für die obige Behauptung, daß die vormundschaftlichen Anordnungen die Codicillarform erfordern, zu führen, muß ich dem Leser die einzelnen Entscheidungen der Quellen, welche ein ziemlich

97) Die Vormundschaftsbehörde hat natürlich ex officio die Aechtheit der Urkunde zu prüfen. Allein ein processualisches Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ist auch hier nicht denkbar.

98) Dieser Punkt ist bereits in §. 1511. b. S. 230. Anm. 4. berührt.

reichhaltiges Material liefern vorführen, bei welcher Gelegenheit denn auch die einzelnen Streitfragen unter den neueren Juristen besprochen werden müssen.

1) Die s. g. tutela testamentaria imperfecta kann nach den Quellenaussprüchen sowohl in einem Testamente wie in einem Codicille angeordnet werden[99], und zwar, nach Modestinus ausdrücklicher Erklärung, auch in einem unbestätigten Codicille[100]. Ja es ist bereits oben nachgewiesen, daß die Bestellung auch in einem Intestatcodicille zulässig sei[1]. Immer aber setzt die Confirmation ein formell gültiges Codicill und die Antretung der testamentarischen oder Intestaterbschaft, mit welcher das Codicill verbunden ist, voraus. Dies ist zwar in dieser Beziehung nirgends ausdrücklich gesagt. Allein es versteht sich ganz von selbst, daß eine Codicillardisposition nur ins Leben treten kann, wenn das Codicill bei Kräften bleibt. Nichtsdestoweniger ist in neuerer Zeit fast ausschließlich die Ansicht verbreitet, daß auch der in einem nichtigen Testamente oder Codicille bestellte Vormund zu confirmiren sei[2], welche Behauptung sehr leicht in die andere übergehen konnte, daß zur Confirmation jeder formlose Wille des Erblassers genüge[3]. Allein diese

99) **L. 1. §. 1. L. 10. D.** *de confirm. tut.* **(XXVI. 3.) L. ult. D.** *de testam. tutela* **(XXVI. 2.) L. 2. C.** *de confirm. tut.* (V. 28.)

100) L. 1. §. 1. D. *de confirm. tut.* (XXVI. 3.)

1) Siehe §. 1511. d. S. 327. bei Note 57.

2) Seuffert praktisches Pandektenrecht 3ter Th. §. 496. Note 5. M. Valett prakt. Pandektenrecht 3ter Th. §. 880. Nr. 1. Roßhirt gemeines Civilrecht 1ster Th. §. 166. S. 282. Note 3. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 147. S. 206. Note 35.

3) Sehr allgemein, so daß man leicht den obigen Rechtssatz daraus ableiten kann, drücken sich aus: Thibaut

Behauptungen werden durch die dafür angeführten Beweisstellen nicht gerechtfertigt[3a]). Nach der in §. 1511. d. S. 327. abgedruckten **L. 2. C.** *de confirm. tut.* **(V. 29.)** soll zwar ein in einer **epistola** oder einem **imperfectum testamentum** bestellter Vormund confirmirt werden. Allein die **epistola** ist in materieller Beziehung ein Codicill (§. **1512.** S. **342.** fgg.) und das **testamentum imperfectum** ist nach einem bekannten technischen Sprachgebrauche der römischen Juristen keineswegs ein nichtiges, sondern ein gültiges, nämlich das s. g. prätorische Testament, welches deshalb **imperfectum** oder **non jure factum** genannt wird, weil zu seiner Vollständigkeit die civilrechtliche Mancipationsform fehlte[4]). Nur auf die-

System der Pandekten §. 397. not. g. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1609. Nr. 6. Mühlenbruch Lehrbuch der Pand. 3ter Th. §. 582. Puchta Pand. §. 338. Arndts Lehrbuch der Pand. §. 444. — Auch die Darstellung von Glück im 29sten Th. des Comment. §. 1310. b. S. 275. leidet an bedeutenden Irrthümern, welche der aufmerksame Leser nach den Bemerkungen im Texte leicht herausfinden wird. —

3a) Am besten sind die einschlagenden Rechtsverhältnisse erörtert in Rudorffs Recht der Vormundschaft 1ster Bd. S. 320. fgg., welchem v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 1ster Bd. §. 265. Anmerk. Nr. 1. c. gefolgt ist. Auch Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 578. not. bb. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 1ste Abth. §. 749. S. 172. und v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts IV. §. 136. not. k. vgl. mit not. q. scheinen sich mehr der richtigeren Ansicht zuzuneigen.

4) Ueber den Ausdruck **testamentum imperfectum** vgl.

ses prätorische Testament sind auch die L. 3. C. *de confirm. tut.* (V. 29.) nach welcher ein „non justo testamento" vom Vater bestellter Vormund confirmirt werden soll, und die L. 8. D. *eod.* (XXVI. 3.) in welcher von tutores non jure scribere rücksichtlich der Confirmation die Rede ist, zu beziehen[5]).

Eine wirkliche Ausnahme kommt aber allerdings in denjenigen Fällen vor, wo der Pupill selbst das väterliche Testament, in welchem eine Tutel über ihn angeordnet ist, als falsum, ruptum oder inofficiosum angreifen will[6]). In diesem Falle muß der Prätor den in diesem möglicherweise nichtigen oder zu rescindirenden Testamente ernannten Vormund confirmiren. Dies geschah deshalb, weil man in dem bevorstehenden Processe den tutor testamentarius oder den tutor legitimus als solche nicht wohl auftreten lassen konnte. Denn wenn der tutor testamentarius den Proceß geführt und verloren hätte, wenn also das Testament für nichtig erkannt oder rescindirt wäre, so würde der Pupill an den Proceß nicht gebunden gewesen sein, weil er ihn dann falso tutore geführt hatte, indem er in diesem Falle keinen testamentarischen Vormund haben konnte. Wenn man aber deshalb dem nächsten Intestaterben des Pupillen als tutor legitimus die Führung des Processes übertragen hätte, so war

Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1430. S. 373. S. 378. fgg., und über den Ausdruck non jure factum Gaj. *Inst. II.* §. 120. §. 147. und Leist Die bonorum possessio 2ter Bd. S. 265. Note 1.

5) Dies ist auch ganz richtig von Rudorff a. a. O. S. 320. Nr. 1. geschehen.

6) L. 26. §. 2. L. 27. L. 31. D. *de testam. tutel.* (XXVI. 2.)

auch in diesem Falle die Proceßentscheidung für den Pupillen nicht bindend, wenn zu Gunsten des Testamentes erkannt wurde, indem nach dieser Entscheidung der testamentarische Vormund der allein legitimirte gewesen wäre. Um diese Gefahr für den Proceßgegner abzuwenden, wurde der im Testamente ernannte Vormund confirmirt, so daß der Delationsgrund für ihn weder das Testament noch die Verwandtschaft, und insofern ganz unabhängig von dem Rechtsbestande des Testamentes und dem Resultate des Processes war [7]. — Diese Fälle sind nun augenscheinlich so eigenthümlicher Natur, daß hierauf am allerwenigsten die Behauptung gegründet werden kann, daß zur Confirmation jede einfache Willenserklärung, wenn auch in einer sonst nichtigen Urkunde hinreiche.

2) Durch eine oratio D. Severi wurde bekanntlich den Tutoren und Curatoren verboten praedia rustica oder suburbana der Pupillen und Curanden ohne Decret des Prätors zu veräußern. Es war jedoch ausdrücklich die Ausnahme hinzugefügt: nisi ut id fiat parentes testamento vel codicillis caverint [8]. Rudorff hält nichts desto weniger eine formlose Willenserklärung für hinreichend, Testament und Codicill seien nur beispielsweise erwähnt; nach L. 14. D. *de rebus eorum* (XXVII. 9.) sei ja die Veräußerung rechtsbeständig, auch wenn später das Testament durch capitis deminutio u. s. w. ohne widerrufen zu sein, ungültig geworden wäre [9]. Andere Juristen gehen nicht ganz so weit, indem sie eine testamentarische Erlaubniß verlan-

7) Siehe Rudorff a. a. O. S. 320. Nr. 3.

8) L. 1. §. 2. D. *de rebus eorum* (XXVII. 9.) Ueber diese oratio oder das Senatusconsult vgl. §. 1511. d. S. 326. fgg.

9) Rudorff Recht der Vormundschaft 2ter Th. §. 140. S. 416.

gen, dabei aber zugleich bemerken, daß die Ungültigkeit des Testamentes ohne Einfluß sei[9a]). Bachofen dagegen behauptet, daß die obigen Worte weder im Wege einer Extensivinterpretation noch der Analogie auf mündliche Erklärungen ausgedehnt worden, und daß daher heutzutage mindestens die Codicillarform nothwendig sei[10]). Diese letztere Ansicht findet sich auch, nur nicht ganz so klar, bei Glück und Anderen[11]) ausgesprochen, und verdient entschieden den Vorzug, da in der oratio selbst nur Testament und Codicill angeführt sind, und kein Grund zu einer Extensivinterpretation vorliegt. Denn der wahre Sinn der Stelle, auf welche sich Rudorff beruft, ist nicht bloß ihm, sondern auch Glück und Bachofen entgangen. Die Worte derselben lauten[12]):

> **Paulus respondit: etsi testamentum patris postea irritum esse apparuerit, tamen tutores pupilli sive curatores filii nihil contra orationem Divorum principum[13]) fecisse videri, si**

9a) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts IV. §. 121. in not. o. Sintenis das prakt. gem. Civilrecht 3ter Th. §. 149. S. 249. Note 84.

10) Bachofen Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts (Bonn 1848.) S. 154—156.

11) Im 33sten Th. des Comment. §. 1382. S. 17. — Siehe außerdem Mackeldey Lehrbuch des heutigen röm. Rechts §. 601. bei Note k. Schweppe röm. Privatrecht, fortgesetzt von Meier 5ter Th. §. 762. S. 358. Note 5. Valett prakt. Pandektenrecht §. 907. Note 20. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 457. not. y.

12) L. 14. D. *de rebus eorum* (XXVII. 9.)

13) Ueber die Frage: in wiefern die oratio dem Septimius Severus und Antoninus Caracalla zuzuschreiben

secundum voluntatem defuncti testamento scriptam praedium rusticum pupillare vendiderunt.

Während nämlich Rudorff die Stelle auf die obige Weise erklärt und benützt, bleibt Bachofen mehr bei den Worten stehen, und nimmt an, daß die Veräußerung doch wenigstens dann erlaubt sei, wenn das Testament von Anfang an gültig errichtet gewesen, und nur hinterher ungültig geworden sei [14]).

Analysiren wir aber die Stelle genauer, so ergiebt schon der Wortlaut, daß die Tutoren [15]) in dem dem Juristen vorgelegten Falle das Grundstück, noch bevor die Richtigkeit [16]) des Testamentes entdeckt war, also in

sei vgl. Glück im 32sten Th. des Commentars S. 460—462.

14) Glück an der in Note 11. citirten Stelle ist offenbar auch dieser Ansicht, indem er die Worte der Stelle wörtlich wieder giebt. Auch *Jac.* CUJACIUS in Lib. X. Resp. Pauli ad h. L. (in Opp. Lugd. 1616. T. I. p. 1646.) muß hieher gerechnet werden.

15) Man muß hier an tutores legitimi oder dativi denken. Denn nimmt man an, daß die Tutoren in dem nichtigen Testamente selbst bestellt waren, so wäre die Veräußerung nichtig, weil diese Vormünder dann nur Protutoren, und als solche zur Veräußerung nicht legitimirt gewesen wären. L. 2. D. *de eo qui pro tutore* (XXVII. 5.)

16) Der Ausdruck irritum ist hier, wie nicht selten, in der allgemeinen Bedeutung von non ratum s. nullum zu nehmen, über welche BRISSONIUS de Verborum Significatione s. v. irritum, DIRKSEN Manuale latinitatis s. v. irritum, und Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. S. 124. fgg. zu vergleichen sind. — Die eigentlich technische Bedeutung des Ausdrucks kann man nicht wohl annehmen, da der Testator, wenn er

dem Glauben, daß dasselbe rechtsbeständig sei, veräußert hatten[17]). Wenn nun Paulus erklärt, daß die Tutoren nicht gegen die oratio D. Severi gehandelt hätten, also mit anderen Worten, daß der Verkauf gültig sei, so läßt sich dies in diesem Falle sehr wohl vertheidigen. Wenn nämlich der Pupill das verkaufte Grundstück dem Käufer evinciren dürfte, so würde Letzterer seinen Regreß gegen die verkaufenden Vormünder nehmen, und diese, durch die Vormundschaftsführung, trotz ihrer bona fides in Schaden kommen. Die Vormünder zu benachtheiligen war aber offenbar die Absicht der oratio D. Severi nicht gewesen. Sie konnte deshalb auch auf diejenigen nicht erstreckt werden, welche bona fide in der Ueberzeugung veräußert hatten, daß der Erblasser diese Veräußerung in rechtsgültiger Weise erlaubt habe[18]).

eine capitis deminutio erleidet, die Fähigkeit beerbt zu werden, verliert. Man müßte also jedenfalls erst in die Stelle hineinlegen, daß der Erblasser später die s. g. active Testamentifaction wieder erlangt habe, und sein Testament doch nicht zu Kräften gekommen sei. Denn wenn daraus eine bonorum possessio cum re agnoscirt wurde, so hatte die Beantwortung der dem Paulus vorgelegten Frage gar kein juristisches Bedenken.

17) Das Gewicht liegt hier auf den Worten: vendiderunt und postea irritum esse apparuerit.

18) Eine ähnliche durch die bona fides motivirte Entscheidung findet sich in L. 89. §. 7. D. *de leg. II.* Auch die von einem bonae fidei possessor hereditatis veräußerte Erbschaftssache darf von dem wahren Erben nicht evincirt werden, insofern dem bonae fidei possessor daraus Nachtheil entsteht; der Erbe muß sich mit dem ihm vom bonae fidei possessor herauszugebenden Kaufpreise begnügen. L. 22. vgl. mit L. 25. §. 11. D. *de hered. pet.* (V. 3.)

Deshalb drückt sich auch Paulus nicht objectiv, sondern subjectiv aus: die Tutoren hätten nicht gegen die oratio D. Severi gehandelt. Von diesem Falle kann aber begreiflicherweise kein Schluß auf den Fall gemacht werden, wo die Veräußerung vorgenommen wird, nachdem die Nichtigkeit des Testamentes bereits bekannt war.

Für die Formlosigkeit der Erlaubniß zur Veräußerung könnte man sich indessen noch auf **L. 1.** und **L. 3. C.** *quando decreto opus non est* (**V. 72.**) berufen[19]. Allein die erstere Stelle handelt von einem vom Vater des Mündels sub pacto retrovendendi abgeschlossenem Kaufe, wo das Grundstück nicht in Folge einer letztwilligen Verfügung, sondern kraft einer obligatio veräußert wird. Die **L. 3. C.** *cit.* dagegen drückt sich allerdings allgemein aus: **Praedium rusticum vel suburbanum à minore viginti quinque annis alienari sine decreto praesidis nisi parentis voluntas vel testatoris, ex cujus bonis ad minorem pervenit, super alienando eo aliquid mandasse deprehendatur, nulla ratione potest.** Allein auf diese allgemeinen Ausdrücke kann kein Gewicht gelegt werden, da wir die species facti nicht kennen, über welche der Kaiser rescribirt hat, und da er die obigen Worte auch recht gut gebrauchen konnte, wenn der Erblasser, wie dies natürlich in der Praxis am häufigsten vorkam[20], in

19) Rudorff a. a. O. hat sich nur auf die **L. 1.**, nicht auf die **L. 3. C.** *cit.* berufen. Wenn er übrigens auf S. 415. die Behauptung aufstellt, daß ein solcher letzter Wille sich einem Fideicommisse de re sua nähere, so könnte hieraus noch gegen ihn argumentirt werden, weil Fideicommisse nach Justinianeischem Rechte der Codicillarform unterworfen waren.

20) Vgl. z. B. **L. 1. §. 1. §. 3. L. 14. D.** *de reb. eorum* (**XXVII. 9.**)

seinem Testamente eine Verfügung über die Veräußerung des Grundstücks getroffen hatte. Denn daß hier gerade ein Streit darüber vorlag und zu entscheiden gewesen wäre: ob auch eine formlose Verfügung des Vaters genüge? kann man unmöglich annehmen, weil der Kaiser in diesem Falle das Rescript ganz anders hätte formuliren müssen. Das Rescript in seiner jetzigen Fassung enthält vielmehr nur den einfachen Rechtsgrundsatz, daß die oratio D. Severi, welche nur von Tutoren und Curatoren geredet hatte, analog auch auf die nicht unter Curatel stehenden minores zu übertragen sei. Ueberhaupt sind ja Rescripte immer so viel als möglich in Uebereinstimmung mit den uns anderweitig bekannten und sicher verbürgten Rechtsgrundsätzen zu erklären[20a]).

3) Der Erblasser selbst kann die Summe der Alimente festsetzen, welche für die leiblichen und geistigen Bedürfnisse des Pupillen aus der Erbschaft verwendet werden sollen. Dies kann in einem Testamente[21]) und in einem Codicille geschehen[22]); von einer formlosen Anordnung findet sich aber keine Spur.

4) Eben so werden häufig Vorschriften des Erblassers über die Art und Weise der Apertur der Testamente und Codicille erwähnt, allein immer nur in einem Testamente[23]). Daß auch ein Codicill zur Aufnahme sol-

20a) Siehe auch die Bemerkungen von Bachofen a. a. O. über dieses Rescript.

21) L. 21. §. 4. D. *de annuis legat.* (XXXIII. 1.) L. 2. §. 3. D. *ubi pupillus educari* (XXVII. 2.)

22) L. 15. pr. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.)

23) Ueber die Apertur der Testamente vgl. §. 3. J. *de pupill. substit.* (II. 16.) L. 81. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.), und über die der Codicille §. 1512. S. 341. Note 12 a. E. und L. 89. §. 7.

cher Anordnungen geeignet ist, kann nach den bisher auseinandergesetzten allgemeinen Grundsätzen und einzelnen analogen Bestimmungen nicht bezweifelt werden. Allein zu einer Ausdehnung auf formlose Erklärungen dieser Art fehlt es an genügenden Analogien.

5) Dasselbe gilt von den Verfügungen des Vaters über die Erziehung der Kinder, welche auch mehrfach als Inhalt eines Testaments erwähnt werden[24]). Nur in dem bekannten Edikte über die Formalitäten, welche zu wahren sind, wenn eine Wittwe von dem verstorbenen Manne schwanger zu sein behauptet, heißt es an einer Stelle einmal allgemein: **apud eum educetur** (das von der Wittwe geborene Kind) **apud quem parens jusserit**[25]). Allein auch diese Worte müssen auf eine Verfügung im Testamente bezogen werden. Das betreffende Edikt ist nämlich ohne allen Zweifel in die Zeit vor Augustus, also in eine Zeit zu setzen, wo weder die Codicille noch die formlosen Fideicommisse juristisch existirten, wo es vielmehr kraft des Grundsatzes die zwölf Tafeln: **Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto**[26]) für alle letztwillige Verfügungen, sowohl für die vermögensrechtlichen als die vormundschaftlichen, nur eine einzige Form, nämlich die des Testamentes gab. Wo nun in den Rechtsquellen der damaligen Zeit vormundschaftliche Anordnungen ohne nähere Bestimmung erwähnt

D. *de leg. II.* L. 25. §. 2. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.)

24) L. 1. §. 1. §. 3. D. *ubi pupillus educari* (XXVII. 2.) L. 7. D. *de annuis legatis* (XXXIII. 1.)

25) L. 1. §. 10. D. *de inspiciendo ventre* (XXV. 4.) Von einem solchen jussus im Testamente handelt die in Note 24. citirte L. 7. D. *de annuis legatis.*

26) Ulpiani *Fragm.* Tit. XI. §. 14.

werden, da hat man natürlich die Form dafür aus den zwölf Tafeln zu ergänzen. Durch das hier erwähnte Edikt ist auch der Rechtssatz: apud eum educetur, apud quem parens jusserit offenbar nicht erst neu eingeführt, sondern nur, wie so häufig, als ein längst geltender, der sich aus der Natur der patria potestas und der obigen Vorschrift der zwölf Tafeln juristisch leicht entwickeln ließ, anerkannt. Hätte das Edikt eine Aenderung des bisherigen Rechtszustandes einführen, also namentlich eine formlose Anordnung für genügend erklären wollen, so hätte dies mit ausdrücklicheren und deutlicheren Worten geschehen müssen. Glück[27]) hat daher, von einem ganz richtigen Gefühle geleitet, bei der Lehre von der Erziehung nur von testamentarischen Verfügungen über die Erziehung, welchen natürlich die Codicillardispositionen gleichzusetzen sind, geredet, und sich damit stillschweigend gegen formlose Verfügungen dieser Art erklärt.

6) Nach den bisher besprochenen Grundsätzen ist denn auch die in §. 1500. S. 24. bereits vorläufig berührte Streitfrage zu entscheiden: ob das Verbot oder der Erlaß der Errichtung eines Inventars der Codicillarform bedürfe oder nicht? Justinian äußert sich über dieses Verbot mit folgenden Worten: Illo procul dubio observando, ut non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere vel ullam sibi communionem ad eas vindicare, nisi prius inventario publice facto secundum morem solitum res ei tradantur, nisi testatores, qui substantiam transmittant, specialiter inventarium conscribi vetuerint[28]). Hiernach kann also der Erblasser die Inventur des von ihm solchen Erben, welche unter Tutel

27) Im 32sten Th. des Comment. §. 1359. S. 158.

28) L. 13. §. 1. C. *arbitr. tut.* (V. 51.)

oder Curatel stehen, oder nach seinem Tode gestellt werden müssen, hinterlassenen Vermögens verbieten. Rudorff[29]) hat sich auch hier wieder für eine ganz formlose Verfügung erklärt. Das Oberappellationsgericht in Cassel fordert dagegen eine Erklärung in einer formell und materiell gültigen letzten Willensverfügung, entweder in der gewöhnlichen, oder in einer in concreto zulässigen privilegirten Form, wie z. B. in einem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern[30]). Gründe sind in beiden Schriften nicht weiter angegeben, und bei Glück[31]) ist diese Streitfrage gar nicht berührt. Nach den bisherigen Auseinandersetzungen kann es indessen keinem Zweifel unterliegen, daß die Ansicht des Oberappellationsgerichts in Cassel die richtigere ist. Als Justinian die erwähnte Constitution im J. 530. erließ, existirte schon der Grundsatz: **In omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes debent adhiberi**, da die **L. 8. §. ult. C.** *h. t.* bereits der ersten Ausgabe des Codex einverleibt war[32]). Da nun vormundschaftliche Anordnungen der vorliegenden Art zu den **ultimae voluntates** gehören, so mußte Justinian darauf rechnen, daß jeder Jurist für solche vormundschaftliche Anordnungen die Beobachtung der Codicillarform erfordern werde, insofern nicht eine besondere Ausnahme bestimmt festgesetzt sei. In den obigen Worten ist aber keineswegs vorgeschrieben, daß zu einem solchen Verbote jede formlose Anordnung genügen solle. Justinian hat vielmehr über die Form

29) Recht der Vormundschaft 2ter Th. S. 245.

30) Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel 4ter Th. 1. Abth. Nr. 3. S. 29. und S. 37.

31) Im 30sten Th. des Comment. §. 1331. S. 203.

32) Siehe §. 1512. a. S. 405. fgg.

sich hier gar nicht ausgesprochen, wenn er auch wahrscheinlich zunächst an eine Erklärung im Testamente gedacht hat[33]), er hat nur die Zulässigkeit der Ausnahme, wenn der Erblasser die Errichtung eines Inventars verboten hat, anerkannt. Die Frage: ob und welche Form hierbei zu beobachten sei, ist daher nicht aus diesem Gesetze, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Wenn nun, wie in dem Vorhergehenden nachgewiesen, aus den Quellen der allgemeine Grundsatz sich nachweisen läßt, daß die vormundschaftlichen letztwilligen Anordnungen der Codicillarform bedürfen, so muß man die Bestimmung der L. 13. §. 1. C. *cit.* unter diesen allgemeinen Grundsatz subsumiren. Wir dürfen um so weniger Gewicht auf die obigen Worte legen, da Justinian hier nicht einmal einen neuen Rechtssatz einführt, sondern nur einen Rechtssatz ausspricht, welcher sich schon aus dem bisherigen Rechte ableiten ließ, und daher ganz nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen beurtheilt werden muß. Schon in L. 7. pr. D. *de adm. tut.* (XXVI. 7.) wird nämlich dem Tutor die Unterlassung der Anfertigung eines Inventars verziehen: si aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Kein römischer Jurist würde nun aber wohl Anstand genommen haben, das Verbot des Vaters als eine solche justissima causa anzuerkennen. Da dieses Verbot aber doch immer ein Eingriff in die vormundschaftliche Administration war, so konnte man es natür-

33) Denn wenn man von einem Testator und seiner Erklärung spricht, so ist es das Natürlichste an eine Erklärung im Testamente zu denken, wie denn überhaupt auch die in den Quellen vorkommenden Beispiele solcher vormundschaftlichen Anordnungen meistens aus Testamenten entlehnt sind. Siehe Note 20. 23. und 24.

lich nur respectiren, wenn die für solche vormundschaftliche Anordnungen nothwendige Form beobachtet war[34]).

7) Ganz in dem Geiste der diesseitigen Argumentation, wenn auch des Principes unbewußt, hat Mühlenbruch, bei der Darstellung der Lehre von den Testamentsexecutoren, den Rechtssatz aufgestellt, daß ein Testamentsexecutor nur in einer zu Recht beständigen letztwilligen Verfügung, sei es Testament oder Codicill, ernannt werden könne[35]), und dadurch stillschweigend die von mehreren Juristen[36]) vertheidigte Ansicht, daß hierzu eine formlose Erklärung hinreiche, mit Recht verworfen.

34) Die Praxis des Oberappellationsgerichts in Cassel, wie wir sie aus der angeführten Strippelmann'schen Sammlung kennen lernen, stimmt im Ganzen mit den Ausführungen Glücks im 30. Th. des Commentars §. 1331. überein. Glück a. a. O. S. 204. Note 13. und Rudorff a. a. O. S. 245. Nr. 1. nehmen aber beide mit Unrecht an, daß die Errichtung eines Inventars nur unterbleibe, wenn dem Vormunde die Errichtung eines Inventars nicht bloß erlassen, sondern ausdrücklich untersagt sei. Denn der Unterschied zwischen Erlaß und Verbot besteht darin, daß der Vormund im letzteren Fall ein Inventar nicht errichten darf, während er im ersteren Falle dasselbe zwar errichten darf, aber nicht zu errichten braucht.

35) Im 43sten Theile des Comment. §. 1502. S. 406. Vgl. auch Beseler von den Testamentsvollziehern in der Zeitschrift für deutsches Recht 9ter Bd. 3te Abh. S. 156. S. 199. Note 109. a. E. S. 207. Nr. 10. a. — Den in einem Intestatcodicille bestellten Executor kann man aber freilich nicht wohl einen Testamentsexecutor nennen.

36) *W. A.* LAUTERBACH Diss. de execut. ultim. volunt. Cap. 4. nr. 26—33. Claproth Abhandlung

Hiermit wäre denn der Kreis der Betrachtungen über die L. 8. §. ult. C. *h. t.* geschlossen. Wir sind dadurch nunmehr in den Stand gesetzt, das in §. 1509. S. 22. vorläufig angedeutete, und im Anfange dieses Paragraphen wieder aufgenommene System und die Eintheilung der letztwilligen Verfügungen in formeller Hinsicht für das neueste Recht positiv feststellen zu können. Wir haben nämlich in formeller Beziehung folgende 4 Rechtssätze gefunden:

1) Anordnungen über die directe Erbfolge können nur in einem Testamente getroffen werden (§. 1511. S. 75. fgg.).
2) Sonstige letztwillige Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung können nur in einem Testamente oder bestätigten Codicille angeordnet werden (§. 1511. b. S. 201. fgg. S. 209.)
3) Alle übrigen letztwilligen Anordnungen, sowohl vermögensrechtliche wie vormundschaftliche, können auch in einem unbestätigten oder Intestatcodicille angeordnet werden (§. 1511. b. S. 205—209. §. 1511. d. S. 323—334. §. 1513. g. S. 166—182.)
4) Die unselbstständigen letztwilligen vermögensrechtlichen Anordnungen sind an gar keine Form gebunden (§. 1513. g. S. 141—166.)

Die Anordnungen unter Nr. 1. bilden nun die erste, die unter Nr. 2. und 3. die zweite und die unter Nr. 4. die dritte Classe der letztwilligen Verfügungen.

von Testamenten, Codicillen u. s. w. S. 438. Auch Scholz über Testamentsvollzieher (Altenburg 1841.) S. 37. Nr. 2. scheint sich dieser Ansicht zuzuneigen.

§. 1514.

Die Codicillarclausel[37]. — Juristischer Character derselben. — Streitfrage über die s. g. stillschweigende oder subintelligirte Codicillarclausel.

Die Lehre von der Codicillarclausel bildet in unserem Hellfeld'schen Lehrbuche mit Recht den Beschluß der Theorie der Codicille[38]), da die Darstellung derselben schon eine genauere Kenntniß des Wesens der Codicille in formeller und materieller Beziehung voraussetzt. Während nun dies Wesen der Codicille sich durch Gewohnheitsrecht und Gesetz d. h. durch kaiserliche Constitutionen festgestellt hatte, so beruhen die Rechtsgrundsätze über die Codicillarclausel zum größten Theile auf dem Rechte der Wissenschaft. Denn wenn auch der Ausdruck: **clausula**[39]) **codicillaris** in unseren Rechtsquellen nirgends vorkommt, so ist doch die Sache selbst den römischen Juristen keineswegs unbekannt[40]). Im Gegentheile be-

37) Zu der von Oelze in unserem Hellfeldischen Lehrbuche unter Note † angeführten Literatur über die Codicillarclausel im Allgemeinen ist noch hinzuzufügen: *Claudius* CHIFLETIUS de jure fideicommissorum Lib. III. Cap. 1—13. (in OTTO Thes. jur. rom. p. 817—837.) *W.* TAUCHERT Exercitatio de clausula codicillari. Hal. 1822.

38) Die bei Note o. und p. in diesem Paragraphen vorgetragenen, aber mit der Codicillarclausel nicht in Verbindung stehenden Rechtssätze sind bereits in §. 1511. S. 137—139. und §. 1511. a. S. 168—196. ausführlich erörtert worden.

39) Ueber den Begriff der Clauseln vgl. Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1428. S. 169. fgg.

40) Vgl. insbesondere L. 3. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) L. 1. D. *h. t.* L. 8. C. *eod.* L. 41. §. 3. D.

zeugt uns Ulpian[41]) mit den Worten: **quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti[42]) faciunt perscripturam, adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere**, ihren häufigen Gebrauch in der damaligen Praxis, ein Gebrauch, der sich bei uns wo möglich noch gesteigert hat, indem heutzutage nicht leicht ein Testament, wenigstens von der Hand eines Juristen entworfen zu werden pflegt, welchem diese Clausel nicht hinzugefügt würde. Die einzelnen Aussprüche der römischen Juristen über die Codicillarclausel, deren Voraussetzungen und Wirkungen, haben wir diesemnach nur als Aussprüche zu betrachten, welche wir mit demselben Rechte, wie die römischen Juristen, aus der Natur der Sache d. h. aus dem Wesen der Codicille, in Verbindung mit sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen abzuleiten im Stande sind. Unsere heutige Rechtswissenschaft kann in dieser Beziehung nichts Neues schaffen, aber sie kann, an der Hand so vortrefflicher Lehrmeister, aus den hinterlassenen Andeutungen und Skizzen ein vollständigeres Gemälde zusammensetzen, als wir es in der Justinianeischen Sammlung vor uns haben.

Von diesen Bemerkungen müssen wir gleich bei der Begriffsbestimmung der Codicillarclausel Gebrauch machen. Da nämlich keine Definition derselben im **corpus juris** vorkommt, so dürfen wir dieselbe nicht auf die einzelnen Fälle einschränken, welche zufällig von den römischen Juristen oder Kaisern erwähnt werden, sondern wir müssen selbstständig den für alle möglichen denkbaren Fälle entscheidenden Gattungsbegriff aufsuchen und normiren. Dadurch gelangen wir denn zu folgender Begriffsbestim-

de vulg. et pupill. substit. (XXVIII. 6.) L. 11. C. *de manum. testam.* (VII. 2.)

41) L. 3. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.)

42) Ueber diese Lesart vgl. §. 1512. a. S. 413. Note 88.

mung, deren Richtigkeit in §. 1515. genauer nachgewiesen werden wird:

> Die Codicillarclausel ist die Erklärung des Erblassers, daß ein von ihm errichtetes Testament als Codicill gelten soll, wenn es als Testament nicht gelten kann.

In einem Testamente aus der Regierungszeit Justinians vom J. 552. war diese Codicillarclausel in folgende Worte eingekleidet[43]): **quod si jure civili vel praetorio aut cujuslibet novellae legis interventu forsitan valere nequiverit, ab intestato**[44]) **vice codicillorum meorum valere volo.** Die in unserer älteren deutschen Praxis Jahrhunderte lang festgehaltene Formel[45]):

> „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halben von Rechtswegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht beständiges Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch daß solches als ein **testamentum nuncupativum**, Codicill, Fideicommiß, **donatio mortis causa**, oder wie es sonst

43) Siehe Spangenberg im Archiv für civilistische Praxis 5ter Bd. S. 169. (entlehnt aus MARINI J papiri diplomatici Rom. 1805. p. 113.)

44) Der Erblasser hatte offenbar nur dies eine Testament errichtet, so daß es in dessen Ermangelung zur Intestaterbfolge kommen mußte, bei welcher das Testament als Intestatcodicill zu realisiren war. Dies ist allerdings der gewöhnliche, wenn auch nicht der ausschließliche, Fall der Anwendung der Codicillarclausel. Vgl. §. 1515.

45) Ich habe diese Formel aus der von Deltze besorgten neuesten Auflage unseres Hellfeld'schen Lehrbuchs entlehnt.

immer den Rechten nach am besten geschehen kann,
gelten und kräftig sein soll"

enthält freilich außer der eigentlichen Codicillarclausel noch mehrere andere Bestimmungen. Dieselben figuriren indessen in den meisten Fällen nur als ein unnützer Prunkapparat. Denn die Erklärung, daß das Testament als ein testamentum nuncupativum gelten solle, könnte nur in den selteneren Fällen von Nutzen sein, wo der Erblasser den Zeugen den Inhalt des schriftlichen Testaments vollständig mitgetheilt hat. In der weiteren Bestimmung aber, daß das Testament eventuell auch als Codicill oder Fideicommiß gelten solle, ist eine offenbare Tautologie enthalten, indem die Umwandlung des Testamentes in ein Codicill schon von selbst bewirkt, daß die darin enthaltenen Erbeinsetzungen und Vermächtnisse, so weit dies möglich ist, als Fideicommisse aufrecht erhalten werden[46]). Als donatio mortis causa können aber die fraglichen Verfügungen gewiß nur in den allerseltensten Fällen behandelt werden, weil es hier gleich an dem ersten Erfordernisse, der Acceptation des Beschenkten, fehlen wird[47]). Dagegen kann die Schlußclausel, daß das Testament, wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen könne, gelten und kräftig sein solle, welche von den älteren Juristen die clausula omni meliori modo genannt wird[48]), für solche Fälle von Wich-

46) Die Veranlassung zu dieser Tautologie hat wahrscheinlich die L. 19. pr. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) gegeben, wo Ulpian sich am Schlusse der Worte: id est in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse bedient.

47) Wo aber eine Acceptation vorgenommen ist, da wäre der letzte Wille, als Testament oder Codicill, wegen unterbrochener unitas actus, nichtig.

48) Ueber diese clausula vgl. *Ant.* Faber Errores Prag-

tigkeit werden, wo das Testament nicht als Codicill, aber doch auf sonstige Weise z. B. als Oralfideicommiß aufrecht erhalten werden kann. Wenn deshalb neuere Juristen, wie z. B. Mühlenbruch[49]) die Codicillarclausel als die im Testamente[50]) ausgedrückte Erklärung des Testators, daß sein letzter Wille, wenn nicht als feierliches[51]) Testament, doch als Codicill, und überhaupt so gut es den Rechten nach möglich sei, gelten solle, definiren, so liegt dabei eine ungehörige Vermischung der gedachten zwei Clauseln zu Grunde.

Fassen wir nun den juristischen Character der eigentlichen Codicillarclausel genauer ins Auge, so beruht die Wirksamkeit derselben auf zwei Voraussetzungen, nämlich erstens: daß das Testament als solches nicht ins Leben tritt, und zweitens, daß dasselbe, resp. der die Codicillarclausel enthaltende letzte Wille wenigstens alle Erfordernisse eines Codicills an sich trägt.

Vermöge der ersten Voraussetzung äußert die Codicillarclausel in concreto gar keine Wirksamkeit, wenn die Erbschaft aus dem Testamente, dessen eventuelle Aufrechterhaltung als Codicill der Erblasser beabsichtigte, angetreten wird. Ihre ganze Wirksamkeit ist nur für den Fall berechnet, daß das fragliche Testament als solches nicht ins Leben tritt, und zwar kommt hierbei regelmäßig

matic. Dec. LXIX. Err. 7. 8. 10. und *Claud.* Chifletius not. 37. cit. Lib. III. Cap. XIV.

49) Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Th. §. 785. Note 1. Vgl. auch Thibaut System des Pandektenrechts §. 935. not. b. und Seuffert praktisches Pandektenrecht §. 602. Note 2.

50) Dies ist zu eng ausgedrückt. Siehe die Bemerkungen bei und in Note 55.

51) Dieser Zusatz ist noch ein Anklang aus der alten Formel.

nichts auf den Grund an, aus welchem das gedachte Testament von Anfang an nichtig gewesen, oder später nichtig geworden ist[52]). In dem letzteren Falle hängt freilich die Entscheidung der Frage: ob der fragliche letzte Wille als Testament oder Codicill ins Leben treten werde, von einem ungewissen künftigen Ereignisse ab, nämlich von dem Umstande, ob die testamentarische Erbschaft auf gültige Weise angetreten werden wird oder nicht. Allein wir dürfen deshalb doch die einzelnen in diesem letzten Willen enthaltenen Verfügungen, als Codicillarverfügungen, nicht zu den wirklich bedingten rechnen. Es ist hier vielmehr nur eine s. g. **conditio juris** oder **tacita conditio** vorhanden[53]). So wenig wie z. B. die Legate, mit welchen der Erblasser den Substituten onerirt hat, zu den bedingten gerechnet werden, weil ihre Realisirung von dem ungewissen Umstande, ob der **institutus** oder der **substitutus** Erbe wird, abhängen[54]), eben so wenig können wir diejenigen letzten Willensverfügungen bedingte im eigentlichen Sinne des Wortes nennen, welche der Erblasser davon abhängig gemacht hat, daß nicht aus einem bestimmten Testamente, sondern auf andere Weise, namentlich **ab intestato** succedirt wird, bei welcher Gelegenheit dann der Inhalt des bestimmten Testaments als Codicill zur Geltung kommen soll.

Die zweite Voraussetzung beruht auf dem einfachen Grundsatze, daß bei jedem Rechtsgeschäfte die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden sein müssen. So wenig nun ein

52) Die genauere Ausführung dieses Punktes siehe in §. 1516. und 1516. a.

53) Ueber diese **conditiones juris** vergl. Mühlenbruch im 40sten Th. des Comment. §. 1457. S. 67—73, S. 81—90.

54) L. 7. §. 3. D. *quando dies legat.* (XXXVI. 2.)

Codicill, welches von Anfang an als solches beabsichtigt und errichtet wurde, realisirt werden kann, wenn seine gesetzlichen Erfordernisse nicht gewahrt sind, eben so wenig kann natürlich eine erfolgreiche Verwandlung eines Testaments in ein Codicill vorgenommen werden, wenn nicht einmal die Erfordernisse des letzteren in dem concreten Falle vorhanden sind. Wenn daher die Codicillarclausel in das Testament selbst, um dessen Aufrechterhaltung es sich handelt, aufgenommen ist, so muß dies Testament wenigstens alle Erfordernisse an sich tragen, welche zu einem gültigen Codicille gehören. Wenn daher z. B. der letzte Wille nur vor vier Zeugen errichtet wäre, so könnte er natürlich auch nicht einmal als Codicill aufrecht erhalten werden, weil zu einem solchen mindestens 5 Zeugen gehören. Dagegen ist es keineswegs nothwendig, daß die Codicillarclausel selbst in ein Testament aufgenommen werde[55]). Die nämliche Wirkung, welche durch eine solche Verfügung im Testamente hervorgebracht wird, kann auch durch eine später außerhalb dieses Testamentes abgegebene Erklärung des Erblassers hervorgebracht werden, insofern diese Erklärung nur in die gewöhnliche Codicillarform eingekleidet ist. Das Wesen der zweiten Voraussetzung ist deshalb oben absichtlich dahin bestimmt, daß das Testament, resp. der die Codicillarclausel enthaltende letzte Wille wenigstens alle Erfordernisse eines Codicills an sich trage.

Die Wirkung des Eintritts dieser beiden Voraus-

55) Arg. L. 1. C. *h. t.* L. 2. §. 4. D. *h. t.* (§. 1511. S. 106. fgg.) Auch das Wort clausula, als Schlußsatz des Testamentes gedacht, zwingt uns nicht zu dieser Annahme, indem dieses Wort schon im römischen Recht, im weiteren Sinne, als gleichbedeutend mit formula vorkommt. Vergl. Dirksen Manuale latinitatis s. v. clausula §. 2.

setzungen besteht nun darin, daß das betreffende Testament als Codicill aufrecht erhalten, d. h. daß jede einzelne darin enthaltene letztwillige Disposition so behandelt wird, wie wenn der Erblasser sie gleich von Anfang an in einem Codicille und in der für Codicille allein zulässigen und möglichen Form angeordnet hätte [56]). Der Zweck der Codicillarclausel ist daher kein anderer, als eine s. g. conversio actus juridici [57]) hervorzubringen. Dieser Gesichtspunkt ist namentlich für die im vorigen Jahrhundert mit entschiedener Liebhaberei behandelte Streitfrage: ob die Codicillarclausel bei Testamenten subintelligirt werde, oder wie man die Frage eigentlich richtiger stellen sollte: ob ein Testament nur in Folge einer Erklärung des Erblassers, oder schon kraft Rechtsvorschrift als Codicill unter den obigen beiden Voraussetzungen aufrecht erhalten wird? von Wichtigkeit. Die Mehrzahl der darüber erschienenen Dissertationen [58]) erklärte sich für die subintel-

56) Das Genauere hierüber siehe in §. 1515.

57) Der Ausdruck Conversion ist augenscheinlich aus der unsere Codicillarclausel behandelnden L. 19. pr. §. 1. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) entstanden, in welcher die Worte: in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse, und testamentum in eam causam conversum vorkommen. — Ueber diese Conversion vergl. jetzt besonders Römer im Archiv für die civilistische Praxis 36ster Bd. 1ste Abhandlung „Ueber die Conversion der Rechtsgeschäfte."

58) Außer der von Hellfeld citirten Dissertation von Tittel habe ich noch folgende vergleichen können: *L. G.* Lilien de clausula codicillari in testamento expressa et praeprimis subintellecta. Erf. 1738. *Fr.* Alef (Resp. *J. A.* Geiger) de otio clausulae codicillaris in quovis testamento. Heidelb. 1750. (auch

ligirte, oder wie man sie auch wohl nannte, stillschweigende oder präsumirte [59]) Codicillarclausel. Allein die damalige Minderheit [60]) hat für unser Jahrhundert doch den Sieg davon getragen, indem die neueren Juristen sämmtlich [61]) bis auf Hugo [62]), welcher es aus inneren

in Desselben: Dies academici. Diss. 23. p. 610—637.) — Ihrem Titel nach könnte man auch *J. P.* Treiber (Resp. *J. F.* Siebold) Diss. de clausula codicillari testamento numquam proficua. Erf. 1717. hieher zu rechnen geneigt sein. Allein der Verfasser wollte mit dem Titel nur ausdrücken, daß die Codicillarclausel weder das gültige noch das ungültige Testament als solches aufrecht erhalte. Vgl. Th. I. §. 9. p. 6.

59) Der Ausdruck clausula codicillaris tacita wurde damals in verschiedenem Sinne gebraucht. Einige unterscheiden nämlich zwischen clausula codicillaris expressa, tacita und praesumta s. subintellecta, indem sie dann unter der clausula codicillaris tacita die unten bei Note 95. angeführten Fälle verstehen. Andere gebrauchen tacita als gleichbedeutend mit praesumta s. subintellecta.

60) Außer den bei Hellfeld angeführten Abhandlungen von Heisler und Schorch ist mir noch *G.* Strauss (Resp. *Chr.* Becker) Diss. jurid. ad L. penult. 88. §. 17. Pand. de legat. et fideic. II. de clausula codicillari zu Gesichte gekommen.

61) Thibaut System des Pandektenrechts §. 935. not. c. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 703. Anm. b. Hufeland Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1326. not. b. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts Bd. V. §. 116. not. m. Schweppe römisches Privatrecht §. 932. S. 384. Anm. 4. Mühlenbruch Pandekten §. 785. Note 1. und im 40sten Th. des Commentars §. 1451. S. 380. Note 12. Seuffert praktisches Pandekten-

Gründen und nach dem Gerichtsgebrauche[63]) für sehr zweifelhaft erklärt, ob die Conversion nur erst in Folge einer Erklärung des Erblassers Statt finde, auf die Seite dieser Minderheit getreten sind. Die dadurch entstandene communis opinio ist denn auch in theoretischer Hinsicht allein zu billigen.

Aus allgemeinen Gründen rechtfertigt sich zunächst diese Ansicht vollständig vom Standpunkte der Conversion aus[64]). Wenn nämlich ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft als solches nichtig ist, dabei aber doch alle Erfordernisse eines anderen verwandten Rechtsgeschäftes an sich trägt, so müssen wir als Regel davon ausgehen, daß das fragliche Rechtsgeschäft in dieser letzteren Gestalt nur aufrecht erhalten wird, wenn der Wille der Parteien auf diese Conversion, also eventuell auf die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäftes in dieser letzteren Gestalt gerichtet und gehörig erklärt worden ist. Diese Regel ist zwar

recht §. 602. Note 3. Valett prakt. Pandektenrecht §. 1185. Note 53. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Bd. §. 527. Anmerk. 1. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. Erbrecht Kap. X. §. 4. zu Fr. 1. S. 803. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. 2te Abth. §. 1005. S. 563. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. zu §. 534. S. 436. Br. Schilling Pandektenrecht §. 569. S. 604. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 707. Note 10. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 546. not. a.

62) Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 7te Auflage. Berlin 1826. S. 221.

63) Von einem solchen Gerichtsgebrauche habe ich keine Spur entdecken können.

64) Vgl. jetzt besonders Römer a. a. O.

nirgends wörtlich ausgesprochen; allein sie geht aus mehrfachen einzelnen Entscheidungen mit Gewißheit hervor. So wird z. B. keineswegs ohne weiteres eine nichtige stipulatio als constitutum oder als nudum pactum[65]), eine ungültige fidejussio domini pro servo als jussus[66]), eine nichtige Ehe als Verlöbniß[67]) aufrecht erhalten, auch wenn die Erfordernisse dieser anderen Rechtsgeschäfte objectiv vorhanden sind. Der Grund dieser Regel liegt offenbar darin, daß die römischen Juristen bei Rechtsgeschäften den Willen der Parteien als maaßgebend betrachten. Dieser Wille war aber in den obigen Fällen nur auf das erste nicht auf das zweite Rechtsgeschäft gerichtet. Während nun das erste, trotz des Willens der Parteien, wegen irgend eines sonstigen Mangels nicht ins Leben tritt, so kann das zweite, trotz der Existenz der sonstigen Erfordernisse, wegen Mangel des Willens der Parteien, nicht ins Leben treten[68]). Von dieser Regel finden wir nur eine einzige Ausnahme, welche wohl dem allgemeinen Grundsatze, daß man bei der Begründung einer obligatio strenger als bei Aufhebung derselben sein soll[69]) ihren Ursprung verdankt[70]). Wenn nämlich

65) L. 1. §. 4. D. *de constit. pecun.* (XIII. 5.) L. 1. §. 2. D. *de V. O.* (XLV. 1.) L. 7. §. 12. D. *de pactis* (II. 14.)

66) L. 1. §. 5. D. *quod jussu* (XV. 4.)

67) L. 9. D. *de sponsalibus* (XXIII. 1.)

68) Vgl. Römer a. a. O. S. 78.

69) L. 47. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.) L. 99. pr. D. *de V. O.* (XLV. 1.)

70) Römer a. a. O. S. 79. hat die obige Regel und Ausnahme auf ein einziges Princip zurückzuführen versucht, nämlich daß eine Conversion nöthigen Falls, auch ohne Willenserklärung der Parteien eintrete, „wofern im Wesentlichen dieselbe Rechtsände-

eine acceptilatio, welche ipso jure bekanntlich nur bei Verbalobligationen wirkt[71]), zur Auflösung von anderen Vertragsobligationen angewendet wird, und daher an sich nichtig wäre, so wird sie doch, ohne weiteren Nachweis des Willens der Parteien, als ein die exceptio pacti sive doli erzeugendes pactum de non petendo aufrecht erhalten[72]), so namentlich bei den Verbindlichkeiten aus einem Real-[73]) und einem Consensualcontracte[74]). Indessen wird hierbei doch der Gegenbeweis, daß die Parteien nicht den animus paciscendi gehabt haben, zugelassen[75]).

Bringen wir nun diese Grundsätze auf die vorliegende Streitfrage zur Anwendung, so kann ein nichtiges Testament, ohne eine darauf gerichtete Erklärung des

rung, dieselbe juristische Wirkung durch dieses zweite Rechtsgeschäft hervorgebracht werde." In Beziehung auf die Codicillarclausel führt dieses Princip natürlich zu derselben Entscheidung wie die im Texte gewählte Darstellung.

71) Gaj. Inst. Lib. III. §. 170. §. 1. J. *quib. mod. oblig. toll.* (III. 29.) L. 8. §. 3. D. *de acceptilat.* (XLVI. 4.)

72) L. 8. pr. D. *de acceptilat.* (XLVI. 4.) L. 27. §. 9. D. *de pactis* (II. 14.)

73) L. 19. pr. D. *de acceptilat.* (XLVI. 4.)

74) L. 5. pr. D. *de rescind. vendit.* (XVIII. 5.) L. ult. D. *de acceptilat.* (XLVI. 4.) Hier wird auch noch die Frage berührt, ob durch eine einzige acceptilatio die beiderseitige obligatio, wie durch ein zu Gunsten beider Contrahenten abgeschlossenes pactum de non petendo aufgehoben wird.

75) L. 8. pr. D. *de acceptilat.* (XLVI. 4.) Vgl. über diese Stelle und namentlich über die verschiedenen Lesarten Römer a. a. O. S. 81—83.

Erblassers nicht als Codicill aufrecht erhalten werden, wenn auch die sämmtlichen sonstigen Erfordernisse desselben im concreten Falle vorhanden sind. Dieses Resultat stimmt denn auch auf das Vollkommenste mit den Ergebnissen der aus den verschiedensten Zeiten herrührenden Quellenaussprüche über die Codicillarclausel zusammen, welche letztere daher einen weiteren Beweis für die Richtigkeit der oben über die Conversion der Rechtsgeschäfte aufgestellten Rechtsregel bilden.

Aus der classischen Zeit besitzen wir zunächst folgendes, auch die vorliegende Frage mit berührende Gutachten aus Papinians 6ten Buche der responsa[76]):

Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere: legitimum heredem filii, salva Falcidia, cogendum patris hereditatem, ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, cum substitutionis conditio puberem aetatem verbis precariis egreditur. Quae ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit: alioquin, si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. Nec fideicommisso propriae facultates filii[77]) tenebuntur, et ideo si pater filium exheredaverit, et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius

76) L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pupill. substit.* (XXVIII. 6.)

77) Im deutschen Corp. jur. 3ter Bd. S. 99. ist der Genitiv des Singular filii merkwürdigerweise als Nominativ des Plural aufgefaßt, und demgemäß übersetzt. Auch sollen die Söhne (der Jurist hatte nur von einem legitimus heres geredet) das Fideicommiß nicht von ihrem eigenen Vermögen zu zahlen gezwungen werden!

acceperit, intra modum eorum, fideicommissum hereditatis a filio datum, intra Falcidiae rationem debebitur[78]).

Ein Vater hatte seinen zum Universalerben ernannten einzigen Sohn für den Fall, daß derselbe während der Unmündigkeit versterben sollte, ersucht seine Erbschaft an den Titius zu restituiren[79]). Die fragliche Bedingung[80]) war eingetreten. Papinian erklärt nun den Intestaterben des Sohnes für verpflichtet, den väterlichen Nachlaß, nach Abzug der s. g. **quarta Trebellianica**[81]), an Titius zu restituiren, wie wenn geradezu

78) Dieser letzte Theil der Stelle erklärt sich aus dem bekannten Grundsatze, daß Niemand weiter onerirt werden kann, als er honorirt ist, von welchem in §. 1522. genauer gehandelt werden wird.

79) Der Erblasser muß die Formel: **rogo, hereditatem tuam** oder bloß: **hereditatem restituas**, oder ähnliche Ausdrücke gebraucht haben. Denn hätte er gesagt: **rogo hereditatem meam restituas**, so wäre die am Schlusse der Stelle erfolgende Auseinandersetzung, daß das Fideicommiß sich nicht auf das eigene Vermögen des Sohnes beziehe, mehr als überflüssig. — Der ganze §. 3. ist übrigens genau betrachtet eine **lex fugitiva**, indem er von einem Universalfideicommisse, und nicht von einer Vulgar- oder Pupillarsubstitution handelt. Das angeordnete Universalfideicommiß hatte freilich darin Aehnlichkeit mit einer Pupillarsubstitution, daß beide nur in Kraft treten konnten, wenn der Sohn während der Unmündigkeit starb.

80) Verfügungen der vorliegenden Art sind nämlich im Zweifel als **conditio** und nicht als **dies** aufzufassen. Vgl. L. 22. pr. D. *quando dies legatorum* (XXXVI. 2.) L. 46. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) L. 5. C. *quando dies* (VI. 53.)

81) Ueber den Ausdruck **Falcidia** vgl. §. 1511. S. 106. Note 75.

und wörtlich ein Universalfideicommiß post mortem des Sohnes[82]) angeordnet wäre. Dasselbe müsse auch gelten, wenn der Erblasser eine solche Bitte für den nach erreichter Mündigkeit erfolgten Tod des Sohnes ausgesprochen habe[83]). Aber, fügt Papinian ausdrücklich hinzu, dies alles gilt nur, wenn das väterliche Testament in Kraft getreten ist; denn im entgegengesetzten Falle kann der Erblasser die Aufrechterhaltung der Urkunde, welche er zum Testamente erheben wollte, in der Gestalt eines Codicills nur durch eine ausdrückliche Erklärung bewirken. Einen klareren und bestimmteren Ausspruch über unsere Streitfrage kann man sich wahrlich nicht wünschen! Was aber Papinian hier wie in der bereits in §. 1511. S. 93—99. erläuterten **L. 13. §. 1. D.** *h. t.* in unmittelbarer Anwendung auf ein Universalfideicommiß lehrt, bezeugen die Kaiser Diocletian und Maximian mit den Worten[84]): **Si jure** non **subsistit testamentum in hoc nec libertates** (quum **non fuisse adjectum, ut pro codicillis scriptum** valeret, **proponas**[85]) **recte datas constabit**, von einer Freiheitsertheilung. Dies ist um so wichtiger, da Freiheits-

82) Fideicommisse konnten, im Gegensatze zu Legaten, auch post mortem des Oneririten angewendet werden. Gaj. Inst. Lib. II. §. 277. Ulpiani Fragm. Tit. XXV. 8. Vgl. Pauli Sent. Rec. Lib. IV. Tit. 1. §. 11.

83) Eine Pupillarsubstitution wäre freilich durch den Eintritt der Mündigkeit des Pupillen erloschen. Ein Universalfideicommiß konnte aber natürlich auch einem Mündigen auferlegt werden.

84) L. 11. C. *de manum. test.* (VII. 2.)

85) Die Worte quum — proponas sind in allen Ausgaben des corp. jur. mit Unrecht in eine Parenthese eingeschlossen, weil sie nicht eine beiläufige Aeußerung, sondern den Hauptentscheidungsgrund enthalten.

ertheilungen bekanntlich die am meisten begünstigten letzten Willensverfügungen sind[86]), und deshalb häufig aufrecht erhalten werden, wo andere Verfügungen, unter gleichen Umständen, für nichtig erklärt werden[87]). Wenn daher selbst die in einem nichtigen Testamente angeordneten Manumissionen, ohne Hinzufügung der Codicillarclausel, für wirkungslos erklärt werden, so muß dies um so mehr von den sonstigen letzten Willenserklärungen gelten.

Endlich enthält auch die Hauptconstitution über die Codicillarclausel, die L. 8. C. *h. t.* in §. 1. unseren obigen Grundsatz in der wünschenswerthesten Allgemeinheit. Die hier einschlagenden Worte des Kaisers Theodosius lauten nämlich folgendermaaßen:

> Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestatus[88]) videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere etc.

Vergleichen wir damit den Ausspruch des Paulus

86) L. 179. D. *de R. J.*

87) Vgl. nur z. B. die Bestimmungen über die s. g. fingirte Erfüllung der Bedingungen L. 20. §. 3. L. 28. pr. D. *de statuliberis* (XL. 7.) L. 94. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXVI. 1.)

88) Der Kaiser hat hier nur den Fall im Auge, wo der Erblasser kein früheres Testament errichtet hatte, wo also die Codicillarclausel eintretenden Falls die Verwandlung des Testaments in ein Intestatcodicill bewirkt. Siehe S. 186. Note 44.

aus dessen 14tem Buche der Gutachten[89]: **Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum praeparabatur, si nullo jure testamentum perfectum esset, nec ea quae fideicommissorum verba habent, peti posse**, und des Ulpian im 2ten Buche seiner Monographie über die Fideicommisse[90]: **Quotiens quis exemplum testamenti praeparat et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat, et ita D. Pium decrevisse Marcianus scribit**, so scheinen freilich Pandekten und Codex auf den ersten Anblick im Widerspruche zu stehen. Allein derselbe verschwindet, sobald wir nur, nach Anleitung der **Const. Tanta circa §. 15.** die Fälle, auf welche sich die fraglichen Stellen beziehen, gehörig sondern. Paulus und Ulpian sprechen nämlich ausdrücklich nur von dem Falle, wo der Erblasser die mit der Codicillarclausel versehene Testamentsurkunde erst später zu solennisiren, also erst künftig ein Testament zu errichten gedenkt. Die unbestimmt lautenden Worte: **qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit** des Kaisers Theodosius müssen daher, um einen Widerspruch zu vermeiden, auf solche Fälle bezogen werden, wo der Erblasser den Entschluß der Testamentserrichtung bereits gehörig ausgeführt zu haben glaubt, während das Testament wegen irgend eines sonstigen Hindernisses ein **testamentum imperfectum** geblieben ist[91]. Dann steht die kaiserliche Constitution mit

89) L. 29. pr. D. *qui testamenta* (XXVIII. 1.)

90) L. 11. §. 1. D. *de leg. III.* (XXX. 11.)

91) Man denke z. B. an den Fall, wo unter den Testamentszeugen ein Unfähiger war, oder der Erblasser aus Rechtsirrthum ein holographes Testament für ein solennes Privattestament gehalten hat u. s. w.

allen sonstigen Quellenaussprüchen in der vollständigsten Harmonie, und enthält, nur in anderer Fassung, denselben Grundsatz, welchen Ulpian[92]) als einen in der Praxis sehr häufig anerkannten mit den Worten: **Saepissime rescriptum et constitutum**[93]) **est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur** ausdrückt.

Die nach dem Bisherigen nothwendige Erklärung des Erblassers ist übrigens, da die Codicillarclausel überall keine civilrechtliche Wirkung hervorbringt[94]), an keine Form gebunden. Jede Willensäußerung, aus welcher man mit Sicherheit abnehmen kann, daß der Erblasser, wenn man ihm die Frage vorlegte, ob sein Testament eventuell nicht wenigstens als Codicill gelten solle, eine bejahende Antwort ertheilen würde, muß daher als genügend angesehen werden[95]). Daher schließt die oben erwähnte **clausula omni meliori modo** jedenfalls eventuell auch die **clausula codicillaris** in sich. Dies ergiebt sich namentlich aus folgendem Gutachten des Paulus[96]): **Ex his verbis, quae scriptura**[97]) **paterfamilias addidit:** *ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης*

92) L. 1. D. *h. t.* Vgl. weiter unten Note 44.

93) Ueber diese Worte vergl. Römer a. a. O. S. 73. Note 5.

94) Darüber vergl. §. 1515.

95) Daß ältere Juristen in solchen Fällen von einer **clausula codicillaris tacita** sprachen, ist bereits in Note 59. bemerkt. — Vgl. auch den Fall in §. 1515. Note 53.

96) **L. 29. §. 1. D.** *qui testamenta* **(XXVIII. 1.)**

97) Die Vulg. liest **in scriptura**, und **Hal. scripturae**. Dies letztere verdient gewiß den Vorzug.

ἐξουσίας 98) (hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit, — Vers. vulg.) videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset. Der Erblasser hatte hier nicht mit ausdrücklichen Worten gesagt, daß sein Testament eventuell als Codicill gelten solle. Allein da er seinen Willen, daß dasselbe auf jede Weise aufrecht erhalten werden solle, an den Tag gelegt hatte, so mußte es auch bei eintretender Intestaterbfolge als Intestatcodicill realisirt werden.

Ein ähnliches Beispiel führt uns folgender von Scävola begutachteter Rechtsfall vor 99): „*Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.*" Deinde heredes instituit. Quaesitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possint? Respondi: secundum ea, quae proponerentur, posse. Ein Nicht-Jurist hatte hier, ohne genauere Kenntniß von Codicillen und resp. der Codicillarclausel, wie es scheint, ein

98) Griechische Worte mußten hier aus dem bei Note 94. angegebenen Grunde vollkommen genügen. — Ganz ähnlich heißt es in dem Testamente des Gregorius von Nazianz v. J. 389.: διεθέμην τὴν διαθήκην μου ταύτην, ἣν κελεύω καὶ βούλομαι βεβαίαν εἶναι καὶ κυρίαν ἐπὶ παντὸς δικαστηρίου καὶ πάσης ἐξουσίας etc. S. Brissonius de formulis et solennibus Qu. R. verbis ed. Conradi p. 649. und in Spangenberg juris Romani tabulae negotiorum solemnium. Lips. 1822. p. 73—80.

99) L. 88. §. ult. D. *de leg. II.* (XXXI.) Vgl. dazu die in Note 60. citirte Dissertation.

formloses holographes, und deshalb nichtiges Testament errichtet. Nichtsdestoweniger erklärt sich Scävola, bei der damaligen Formlosigkeit der Codicille [100]), für Aufrechterhaltung des Testamentes in Gestalt eines Intestatcodicilles, offenbar aus keinem anderen Grunde, als weil der Erblasser seinen Willen, daß die fragliche Verfügung, auch wenn dabei etwas versäumt sei, aufrecht erhalten werden solle, an den Tag gelegt hatte. Denn unter diesen Umständen konnte kein Zweifel darüber obwalten, daß der Testator, nach gehöriger Rechtsbelehrung, die Frage: ob das Testament eventuell als Codicill gelten solle, bejaht haben würde.

Eine noch interessantere Anwendung des obigen Grundsatzes findet sich in folgender aus Papinians Lib. 8. Resp. entlehnten, und von Mühlenbruch [1]) bereits richtig erklärten Stelle [2]):

> **Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione praestari rogaverat [3]). Cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legiti-**

100) Die Entscheidung des Scävola paßt natürlich nach neuerem Rechte nicht mehr, indem nach diesem die Codicillarform gewahrt sein müßte. Die Stelle ist daher einer s. g. interpretatio duplex zu unterwerfen. Dies darf man überhaupt bei allen auf die Codicille Bezug habenden Pandektenstellen nicht übersehen, indem die Compilatoren, rücksichtlich der Form keine Interpolationen vorgenommen haben.

1) Im 38sten Th. des Commentars §. 1428. S. 196—300.

2) L. 77. §. 23. D. *de leg. II.* (XXXII.)

3) In den neueren Ausgaben des corp. jur. ist der folgende mit Cum anfangende Satz mit dem Vorhergehenden unrichtigerweise nur durch ein Komma verbunden.

mam heredem cogendam praestare fideicommissa respondi. Nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur.

Ein Sohn hatte seine zur Universalerbin eingesetzte Mutter in seinem Testamente beschworen, die darin ausgesetzten Fideicommisse zu erfüllen[4]), und dadurch ein außergewöhnliches Interesse an der Aufrechterhaltung derselben an den Tag gelegt. Die Mutter wurde wegen irgend eines Mangels des Testamentes[5]) Intestaterbin ihres Sohnes, aber von Papinian nichtsdestoweniger für schuldig erklärt, die Fideicommisse zu bezahlen, weil der Sohn durch die Form der Beschwörung den Willen an den Tag gelegt habe, daß die Mutter die Fideicommisse in jedem Falle bezahlen solle[6]).

Die Wirkung der Codicillarclausel hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verfügungen kann ferner der Erblasser auch dadurch hervorbringen, daß er an Diejenigen, welche nicht aus dem in Frage befindlichen Testamente, sondern auf andere Weise seine Erben werden würden, die Bitte richtet den Inhalt des fraglichen Testamentes

4) Daß es sich hier nicht um Aufrechterhaltung des ganzen Testamentes, sondern nur einzelner Verfügungen handelt, macht in der Sache selbst keinen Unterschied. Siehe §. 1515. hinter Note 67.

5) Man denke hier ja nicht an Destitution des Testaments durch Ausschlagung von Seiten der Mutter. In diesem Falle hätte schon das edictum si quis omissa causa Schutz gewährt.

6) Auch der Gedanke liegt sehr nahe, daß der Sohn die Mutter durch die Beschwörung gerade für die Fälle habe binden wollen, wo sie in juristischer Beziehung, streng genommen, nicht gebunden gewesen sein würde. Vgl. Note 13. unten.

zur Ausführung zu bringen. Deshalb heißt es mehrmals, daß die in einem nichtigen Testamente getroffenen vermögensrechtlichen Verfügungen nichtig blieben, außer wenn der Erblasser dieselben auch vom Intestaterben wiederholt hätte, si non a legitimo quoque herede fideicommissaria libertas repetita est[7]), oder si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur[8]), oder quos non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit[9]). In dieser Beziehung konnte bei Fideicommissen die Bitte sofort an denjenigen gerichtet werden: „ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato, oder ad quemcunque quoquo jure bona mea perveniant"[10]). Ja es genügt in dieser Beziehung schon jede allgemein gehaltene Fassung, welche nach ihrem Wortlaute eben so wohl auf die testamentarische wie auf die Intestaterbfolge bezogen werden kann, insofern dabei keiner der Erben als speciell Onerirter hervorgehoben worden ist[11]).

Für die diesseitige Ansicht sprechen endlich, außer einem erst in §. 1514. a. bei Note 64. zu erwähnenden Argumente, noch alle diejenigen Stellen, in welchen allgemein gelehrt wird, daß wenn ein Testament durch agnatio postumi rumpirt oder auf sonstige Weise destitut werde, alle einzelnen darin enthaltenen Verfügungen über den Haufen stürzten[12]), und daß die in einem

7) L. 1. C. *de fideicommiss. libert.* (VII. 4.)

8) L. 29. C. *de fideicommissis* (VI. 42.)

9) L. 24. §. 11. D. *de fideicommiss. libert.* (XL. 5.)

10) L. 9. D. *de leg. III.* Aehnlich lautet auch die Formel in L. 13. D. *de inoff. testam.* (V. 2.)

11) L. 14. C. *de fideic.* (VI. 42.), deren genauere Interpretation in §. 1516. nachfolgen wird.

12) L. 9. D. *de testam. tut.* (XXVI. 2.) L. 181. D. *de R. J.* L. 47. pr. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

nichtigen Testamente eingesetzten Erben selbst dann, wenn sie ab intestato oder aus einem anderen Testamente zur Succession gelangen, nicht verpflichtet seien, die ihnen in dem nichtigen Testamente auferlegten Fideicommisse oder libertates fideicommissariae zu gewähren [13]. Würde die Codicillarclausel durch Rechtsvorschrift ergänzt, so hätten alle diese Entscheidungen in dieser Allgemeinheit gar nicht aufgestellt werden können.

Wenden wir uns nun zur Prüfung der gegnerischen Beweisführung, so können wir dieselbe auf 4 Hauptgesichtspunkte zurückführen:

1) Der Wille des Erblassers, daß sein Testament eventuell als Codicill gelten solle, sei stets zu präsumiren. Dieses Thema trägt z. B. Tittel in mehrfachen Variationen vor, zunächst als das Axiom: nemo actum frustraneum agere velle credendus est (p. 43.); sodann: quod testator pro sua voluntate interrogatus respondisset, id pro expresso habetur, seu praesumitur (p. 45.) und endlich: testamentum in dubio ita capi debet, ut subsistat magis quam corruat testatoris voluntas. Allein diese Grundsätze gelten nur, wo ein Zweifel über die Absicht des Erblassers obwaltet, keineswegs aber, wo man über die Absicht desselben ganz im Klaren ist. In diesem Falle können nur die obigen Grundsätze über Conversion (S. 193. fgg.) entscheiden.

2) Was gewöhnlich geschehe, gelte bei Rechtsgeschäften für stillschweigend hinzugefügt [14]. Da nun die Te-

L. 1. C. *eod.* (VII. 4.) L. 12. C. *de manum. testam.* (VII. 2.)

13) L. 47. pr. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) L. 81. D. *de leg. II.*

14) L. 31. §. 20. D. *de aedil. edicto* (XXI. 1.): Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii

stamente meistens ausdrücklich mit der Codicillarclausel versehen würden, so müsse dieselbe im Unterlassungsfalle als stillschweigend hinzugefügt gelten. Aus diesem Grunde ist selbst Cujacius[15]) geneigt, sich auf die Seite der Gegner zu stellen. Allein wenn man auch die in Note 14. citirte Stelle nicht auf ein Gewohnheitsrecht, sondern auf einfache Gewohnheiten beziehen wollte, so leidet doch ein solcher für die bonae fidei obligationes aufgestellter Grundsatz keine analoge Uebertragung auf letztwillige Verfügungen. Hiefür haben wir den besten Gewährsmann an Ulpian selbst, welcher in L. 31. §. 20. D. *cit.* den gedachten Grundsatz für die bonae fidei obligationes aufstellt, und sich doch in L. 1. D. *h. t.* (S. 201.) für die Nothwendigkeit der Codicillarclausel erklärt.

3) Unter den römischen Juristen habe es zwei Parteien gegeben; die eine habe sich für[16]), und die andere gegen[17]) die stillschweigende Ergänzung der Codicillar-

non caseat: ea enim quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire.

15) Tract. 8. ad Africanum in L. 61. §. 8. D. *de furtis* (XLVII. 2.) (in Opp. Han. 1602. T. I. p. 534.)

16) Alef citirt in der S. 191. not. 58. angeführten Dissertation §§. 19—24. als Beweisstellen für die mildere Ansicht: L. 3. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) (siehe S. 209. fgg.) L. 88. §. ult. D. *de leg. I.* (abgedruckt und erläutert auf S. 202.) L. 76. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.) (siehe S. 213. fgg.) L. 27. §. 9. D. *de pactis* (II. 14.) siehe S. 195. Note 72. L. 38. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.), abgedruckt und erläutert in §. 1514. a. bei Note 720.

17) Als Beweisstellen hiefür citirt Alef §. 35. vergl. mit §. 25. L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.), abgedruckt und erläutert auf S. 196. fgg. L. 29. C. *de fideicomm.* (VI. 42.), erwähnt auf S. 205. in Note 8. L. 11. C. *de testam. manum.* (VII. 2.),

clausel erklärt. Alef, welcher als der Hauptvertreter dieser Ansicht dasteht, hat indessen hierbei entweder übersehen, oder aber absichtlich verschwiegen, daß mehrere von ihm für die strengere und resp. mildere Ansicht citirte Beweisstellen von demselben Verfasser herrühren[18]. Dadurch wird diese Ansicht zwar in ihrem Fundamente erschüttert; allein dennoch ist nicht zu läugnen, daß mehrere der von Alef in Note 16. citirten Beweisstellen nicht unbedeutende Schwierigkeiten darbieten, um sie mit der diesseitigen Theorie in vollständigen Einklang zu bringen. Da diese Stellen nun überhaupt ein allgemeines Interesse für die Lehre von den Codicillen darbieten, und da sie früher schon öfters beiläufig erwähnt werden mußten[19], so wird hier eine genauere Interpretation derselben an ihrem Orte sein.

In **L. 3. D.** *de testam. milit.* **(XXIX. 1.)**[20] trägt Ulpian im 2ten Buche ad Sabinum folgenden Fall vor:

abgedruckt auf S. 198. **L.** 13. §. 1. **D.** *h. t.*, erklärt in §. 1511. S. 93—99. **L.** 11. §. 1. **D.** *de leg. III.* **L.** 29. **D.** *qui testam. facere* **(XXVIII. 1.)** (Diese beiden letzten Stellen sind auf S. 200. abgedruckt und erläutert).

18) So ist die **L.** 3. **D.** *de testam. milit.* und die **L.** 11. §. 1. **D.** *de leg. III.* aus Ulpians Schriften, und die **L.** 27. §. 9. **D.** *de pactis* so wie **L.** 38. **D.** *de fideic. libertat.* einerseits und die **L.** 29. **D.** *qui testam. facere* andererseits aus Paulus Schriften entlehnt.

19) Die **L.** 3. **D.** *de test. milit.* ist schon in §. 1512. a. S. 412. fgg., und die **L.** 76. **D.** *ad S. C. Trebell.* in §. 1511. c. S. 77. Anm. 98., §. 1511. c. S. 242. Note 28. und §. 1511. d. S. 313. Note 19. erwähnt.

20) Vgl. dazu auch Mühlenbruch's Bemerkungen im 42sten Th. des Comm. §. 1476. S. 60. Note 56.

Si miles, qui destinaverat communi jure testari, ante defecerit quam testaretur, POMPONIUS dubitat. Sed cur non in milite diversum probat? Neque enim qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit: nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia, sed[21]) magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus, quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt perscripturam[22]), adjicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere. Quisquam[23]) dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse? Nam secundum nostram sententiam etiam D. MARCUS rescripsit.

Ein Soldat hatte sein Testament schriftlich aufgesetzt und die Absicht gehabt, dasselbe nach jus commune zu solennisiren. Bevor es jedoch hiezu kam, war er gestorben. Es entstand daher die Frage: ob die Testamentsurkunde als ein privilegirtes militärisches Testament[24]) zu Recht bestehen könne? Ulpian bejahet diese Frage, und Alef gründet nun auf die Argumentation Ulpians den Schluß, daß, wenn das nach jus commune ungültige Testament eines Soldaten als testamentum militare,

21) In der Kriegel'schen und Beck'schen Ausgabe des corp. jur. wird unrichtigerweise mit Sed ein neuer Satz angefangen.

22) Ueber diese Lesart siehe meine Bemerkungen in §. 1512 a. S. 412. fgg.

23) Vulg. Nec quisquam Hal. Et quisquam. BYNKERSHOEK schlägt nach einer Anmerkung im Gebauer-Spangenberg'schen corp. jur. die Lesart: Et quisnam vor. Alef a. a. O. erklärt das quisquam durch quisquamne. — Den Vorzug verdient gewiß die Vulgata mit ihrem nec quisquam.

24) Vgl. die Bemerkung in §. 1513. e. S. 65.

ohne eine hierauf gerichtete Clausel, aufrecht erhalten werde, Ulpian aber sich zur Begründung dieser Ansicht auf die Aufrechterhaltung eines Testamentes als Codicill bei dem paganus berufe, auch das Testament des Letzteren ohne Clausel als Codicill aufrecht erhalten worden sein müsse. Alef erblickt denn auch in den Worten quisquam — non esse eine directe Bestätigung seiner Ansicht, indem er diese Worte auf ein nicht mit der Codicillarclausel versehenes Testament bezieht. Dies letztere ist indessen augenscheinlich unrichtig. Denn da Ulpian in den unmittelbar voraufgehenden Worten von einem Testamente mit der Codicillarclausel geredet hatte, so kann der nachfolgende Satz, ohne weitere Andeutung Ulpians, unmöglich von dem geraden Gegentheile d. h. von einem Testamente ohne Codicillarclausel verstanden werden[25]. Die Herbeiziehung der Codicillarclausel dagegen ist auf den ersten Anblick so befremdend, daß noch Römer a. a. O. S. 86. fgg. den Vergleich mit der Codicillarclausel einen „ungeschickten“ nennt, und den Ulpian geradezu eines „schiefen Argumentes“ beschuldigt. Nur ein einziger Vertheidiger der diesseitigen Theorie

25) Alef findet freilich die Frage: quisquamne u. s. w., unter Voraussetzung der diesseitigen Ansicht lächerlich, da ja bei hinzugefügter Codicillarclausel kein Mensch an der Verwandlung des Testaments in ein Codicill gezweifelt habe. Allein hiergegen muß man, abgesehen davon, daß nach der Lesart der Vulgata nicht einmal eine Frage vorliegt, nur bedenken, daß die ganze Lehre von den Codicillen sich Schritt für Schritt durch die Praxis ausgebildet hat, und daß die römischen Juristen, welche überhaupt mit einer nicht zu verkennenden Bescheidenheit auftreten, wo sie sich auf einem solchen schwankenden Boden bewegen, immer gern auf die Auctorität kaiserlicher Rescripte berufen.

hat es versucht, einen logischen Zusammenhang in Ulpians Argumentation nachzuweisen. Vangerow[26]) nämlich geht davon aus, daß, weil bei einem Soldatentestamente nur der Wille des Testators, unabhängig von sonstigen Fesseln des jus commune, entscheide, zur Rettung des Testamentes nur der Beweis nöthig sei, daß es für eine solche Aufrechterhaltung nicht an dem Willen des Testators fehle. Um diesen Beweis zu führen, daß es an einem solchen Willen und Wunsche des Testators, sein Testament in jeder möglichen Weise aufrecht zu erhalten, nicht fehle, berufe sich Ulpian unter Anderm auch auf den Erfahrungssatz, daß den meisten Testamenten die Codicillarclausel hinzugefügt werde, was eben nur aus dem Streben der Testatoren entspringe, ihren letzten Willen in jeder möglichen Weise aufrecht zu erhalten. — Allein die Stelle erklärt sich noch richtiger und einfacher, sobald wir davon ausgehen, daß Ulpian mit den Worten: neque enim u. s. w. nur eine Widerlegung der Zweifelsgründe des Pomponius vornimmt, eine Annahme, welche durch die unmittelbar voraufgehenden, aus dem Zusammenhange gerissenen Worte: Pomponius dubitat. Sed cur non etc. auf das Entschiedenste unterstützt wird. Um nämlich die in dem Nachlasse des Soldaten vorgefundene formlose Testamentsurkunde aufrecht zu erhalten, bedurfte es gar keines besondern Beweises der Ernstlichkeit des Willens des Erblassers. Dieser ernstliche Wille lag verkörpert in der Urkunde selbst vor[27]). Die letztere konnte daher nur

26) Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 527. Anm. 1. S. 455.

27) L. 35. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) **Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quae profertur, perfecti testamenti potestatem ob-**

durch den Gegenbeweis, daß der Erblasser nicht gewollt habe, daß die Urkunde als **testamentum militare** gelten solle, beseitigt werden. Pomponius war nun offenbar darüber im Zweifel gewesen, ob ein solcher Gegenbeweis nicht durch die erwiesene Absicht des Erblassers, die fragliche Urkunde nach **jus commune** solennisiren zu lassen, erbracht sei. Diesen Zweifel widerlegt Ulpian durch die Behauptung, daß für den Willen des Erblassers, daß die Urkunde nicht als **testamentum militare** gelten solle, weder eine concludente Thatsache noch auch die Wahrscheinlichkeit spreche. Denn der Entschluß, die Urkunde nach **jus commune** solennisiren zu lassen, könne nicht als eine concludente Thatsache für den Verzicht auf die militärischen Privilegien betrachtet werden (**neque enim qui voluit** u. s. w.) und wenn man auf die Wahrscheinlichkeit Rücksicht nehme, so habe der Erblasser den Entschluß der Solennisirung der Testamentsurkunde offenbar nicht deshalb gefaßt, damit das Testament angefochten werden könne, sondern damit es desto sicherer bestehe oder m. a. W. er habe muthmaaßlicherweise **utroque genere** testiren wollen. Zur Unterstützung dieser Behauptung beruft sich Ulpian auf die Thatsache, daß die meisten Erblasser ihren Testamenten die Codicillarclausel hinzufügten, und dadurch den Willen, daß ihr letzter Wille in jeder möglichen Weise aufrecht erhalten werden solle, an den Tag legten. Auf diese Weise haben wir hier eine Argumentation vor uns, welche unter sich

tinet. — Anders wäre natürlich arg. L. 24. D. *eod.* und §. 1. J. *de milit. testam.* (II. 11.) zu entscheiden, wenn in irgend einer anderen Urkunde nur eine beiläufige Aeußerung über die künftigen Erben vorkäme. Vgl. die Ausführungen von Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1474. S. 27—30. und §. 1476. S. 59—62.

logisch zusammenhängend, mit den Grundsätzen über das **testamentum militare**, die Conversion der Rechtsgeschäfte und die Codicillarclausel in der vollständigsten Harmonie steht.

Die zweite Stelle, welche hier in Betracht kommt, aus Scävola's 19tem Buche der Digesten [28]), lautet folgendermaaßen:

> **Scaevola respondit: Si pater filium suum impuberem ex asse scripsit heredem, eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari neque adimi potest [29]), tamen benigna interpretatione placet, ut mater quae [30]) ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. Quodsi invicem fuerunt substituti, et in fideicommisso substitutionem valere, unoque eorum mortuo qui supersunt, totum accipiunt [31]).**

Die Gegner erklären dieses Fragment nämlich dahin, daß hier die Umwandlung einer nichtigen Pupillarsubstitution in ein gültiges Universalfideicommiß [32]) vorge-

28) L. 76. D. *ad S. C. Trebell.* (XXXVI. 1.)

29) Siehe §. 1511. S. 75. fgg.

30) Vulg. frater qui. In diesem Falle hätte Scävola aber doch hervorheben müssen, daß es entweder nur ein frater uterinus gewesen, oder daß er gehörig enterbt worden sei, weil er widrigenfalls als Notherbe das Testament hätte beseitigen können.

31) Die Annahme einer substitutio reciproca ist deshalb so wichtig, weil Universalfideicommisse, an re et verbis conjuncti hinterlassen, ipso jure als getheilt galten, so daß kein Accrescenzrecht dabei eintrat. Vergl. darüber §. 1524.

32) Dies Universalfideicommiß erstreckte sich natürlich nur

nommen werde, und daß dies nur eine Anwendung des Grundsatzes der stillschweigenden Ergänzung der Codicillarclausel sei. Allein beide Behauptungen sind unrichtig; die letztere, weil ein solcher Grundsatz überall nicht existirt (S. 191. fgg.), die erstere, weil Scävola nach seinen eigenen Worten hier nicht eine Conversion, sondern nur eine Interpretation vorgenommen hat. Scävola kann sich daher nur die Frage vorgelegt haben: welche Absicht hat der Erblasser bei der fraglichen Anordnung von Anfang an gehabt; hat er ein Pupillartestament errichten und Pupillarsubstitute ernennen, oder hat er ein testamentarisches Codicill[33]) errichten und Univer-

auf das vom Vater ererbte, nicht auf das sonstige etwaige eigene Vermögen des Pupillen. L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.), abgedruckt auf S. 196. FINESTRES Praelect. Cervar. ad Tit. Pand. de vulg. et pup. substit. (Cervar. Lacetanorum 1752.) pag. 264. ist freilich anderer Ansicht, weil nicht der Pupill selbst, sondern dessen Intestaterben als Onerirte zu betrachten seien. Allein woher sollte denn der Erblasser über diese Erbes-Erben eine größere Macht als über seine Erben erhalten? Die Verwerflichkeit dieser Ansicht geht aber nicht bloß aus der zuerst citirten Beweisstelle, sondern auch aus den Bemerkungen in §. 1511. d. S. 311. fgg. aufs Evidenteste hervor.

33) Da hier die Mutter, als Intestaterbin des Pupillen, das Fideicommiß zu prästiren hat, so könnte man im Zweifel sein, ob ein testamentarisches oder ein Intestatcodicill vorliegt. Allein da regelmäßig jedes nach einem Testamente errichtete Codicill als testamentarisches aufgefaßt werden muß (§. 1511. a. S. 152.), und wir in dem concreten Falle nicht den mindesten Grund zur Annahme einer gegentheiligen Absicht des

salfideicommissare ernennen wollen? Damit stehen wir aber auf einem Gebiete, welches wir bereits in §. 1511. S. 92—105. kennen gelernt haben. Papinian hat in der dort erklärten **L. 13. §. 1. D.** *h. t.* einen ähnlichen Fall behandelt, und die entscheidende Frage für eine voluntatis quaestio erklärt. Indem Scävola sich nun in unserem Falle, obgleich die vom Erblasser gebrauchten directen Worte auf eine Pupillarsubstitution hindeuten, doch zu Gunsten eines Universalfideicommisses ausspricht, so muß er dazu irgend einen bestimmten Anhaltspunkt gehabt haben. Die Formlosigkeit der Urkunde kann dies nicht gewesen sein, weil wir von diesem Standpuncte aus, die Urkunde eben so gut für den Entwurf eines Pupillartestamentes wie für ein vollendetes Codicill erklären könnten[34]. Scävola muß daher, bei der Relation des Umstandes, daß die Pupillarsubstitution in einem Codicille vorgenommen sei, offenbar davon ausgegangen sein, daß der Erblasser selbst die Urkunde auf irgend eine Weise als Codicill bezeichnet habe[35]. In

Erblassers haben, so müssen wir das vorliegende Codicill als ein testamentarisches Codicill zu dem Testamente des Vaters betrachten, gerade wie wenn Letzterer ein Universalfideicommiß post mortem des während der Unmündigkeit versterbenden, von ihm zum Univ'rsalerben eingesetzten Söhnes angeordnet hätte. Vgl. L. 41. §. 3. D. *de vulg. et pup. subst.* (S. 196.) — Läge übrigens ein Pupillar-Intestatcodicill vor, so könnte sich auch dies natürlich immer nur auf das eigene Vermögen des Vaters erstrecken, soweit es direct oder indirect an die Intestaterben des Pupillen gelangt ist. Vgl. §. 1511. d. S. 311—319., insb. S. 313. Note 19.

34) Vgl. §. 1511. S. 98. Note 56.

35) Es kann dies durch den Namen Codicill geschehen sein,

diesem Falle stehen nämlich Inhalt und Bezeichnung der Urkunde im Widerspruche; der Inhalt deutet auf ein Pupillartestament, die Bezeichnung auf ein testamentarisches Codicill. War nun die Absicht des Erblassers auf das erstere gerichtet, so ist der Ausdruck Codicill, ging seine Absicht aber auf das letztere, so ist die von ihm gebrauchte Formel verfehlt. Daß sich Scävola bei diesem anscheinenden Widerspruche für das letztere erklärt, und damit die letztwillige Anordnung aufrecht erhält[36]), ist keine Singularität, sondern nur eine einzelne Anwendung der allgemeinen Rechtsregel: **Quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est**[37]), welche bei Fideicommissen zur unbeschränkten Geltung gelangt, weil bei ihnen überhaupt mehr auf die voluntas als auf die verba gesehen wird[38]). Diese hier allein entscheidende voluntatis quaestio ist aber durch die bisherigen Erklärungsversuche[39]) nicht zu der erforderlichen lebendigen Anschauung gebracht worden.

wie z. B. in L. 98. §. 3. D. *de leg. II.* (vergl. §. 1512. S. 345. Note 31.) oder durch die bei Codicillen übliche Briefform, wie z. B. in der gleichfalls von Scävola herrührenden L. 37. §. 2. D. *de leg. III.* (vgl. §. 1512. S. 342. fgg.) oder auf irgend eine sonstige Weise.

36) Hätte sich Scävola für das Erstere erklärt, so wäre der ganze Act nichtig, weil die Verletzung der Formvorschriften bei einem Testamente durch keine benigna interpretatio zu heilen ist.

37) L. 24. (al 25.) D. *de rebus dubiis* (XXXIV. 5.) Vgl. auch L. 12. D. *de R. J.*

38) Siehe die Beweisstellen in §. 1511. S. 94. Note 44.

39) Von diesen Erklärungsversuchen verdienen folgende be-

4) Die Nothwendigkeit des Gebrauchs der Codicillarclausel sei mit der in der späteren Kaiserzeit erfolgten

merkt zu werden. 1) Die Glosse s. v. obligetur i. f. bemerkt: Item hoc quod trahitur ad fideicommissum est verum, si nullo tempore potuit valere jure directo, alias non trahitur nisi in milite. Allein darnach müßte auch ein nichtiges Testament, eintretenden Falls, ohne Codicillarclausel als Codicill aufrecht erhalten werden. 2) Cujacius Obs. Lib. XI. Cap. 25. leitet die Entscheidung aus einem favor pupilli ab, ohne sich übrigens weiter darüber zu erklären. Allein welcher Nutzen erwächst denn dem Pupillen daraus, daß seine Intestaterben mit einem Universalfideicommisse belastet werden? 3) *Guido* Pancirolus Thesaur. variar. lect. Lib. II. Cap. 107. (in Heineccius Jurisprudentia Romana et Attica T. II. p. 214.) stellt den Grundsatz auf: quia codicilli proprii erant fideicommissorum, lex praesumit codicillos condentem, etsi directo substituit, velle ad fideicommissum transire, und ganz ähnlich sagt Mühlenbruch im 40sten Th. des Comm. §. 1451. S. 381. „Codicillardispositionen haben stets die Wirkungen eines Fideicommisses", und „bei Codicillen habe überhaupt eine freiere Interpretation Statt gefunden." Allein in einem Codicille, nämlich in einem bestätigten, konnten ja auch Legate, überhaupt Verfügungen mit civilrechtlicher Wirkung getroffen werden. Die eigentliche Hauptfrage aber: warum eine benigna interpretatio zu der fraglichen Entscheidung führen müsse? ist dadurch allein noch nicht gehörig gelöst. 4) *Ant.* Faber Conject. Lib. 15. cap. 14. war auf dem richtigen Wege. Allein statt die benigna interpretatio darauf zu beziehen, daß hier der Erblasser in der Formel gefehlt hatte, indem verba directa statt der fideicommissaria von ihm gebraucht waren, wie z. B.

Aufhebung der Nothwendigkeit des Gebrauchs bestimmter Wortformeln für die Erbeinsetzung und die Vermächtnisse verschwunden [40]), und damit habe für das Justinianeische Recht die unter Nr. 3. erwähnte mildere Partei den Sieg davon getragen [40a]). Allein die gedachte Rechtsänderung hat auf die Codicillarclausel nicht den mindesten Einfluß ausgeübt, indem dadurch weder Testament und Codicill zu einem Rechtsinstitute verschmolzen, noch die Unterschiede zwischen der Erbeinsetzung und einem Universalfideicommisse, zwischen der **directa** und der **fideicommissaria libertas**, und zwischen der s. g. **tutela testamentaria perfecta** einerseits, und der s. g. **tutela testamentaria imperfecta** sowie den sonstigen vormundschaftlichen Anordnungen andererseits für das Justinianeische Recht beseitigt sind [41]). Dafür, daß rücksichtlich der Co-

auch die **heredis institutio ex re certa**, wegen des in der Formel enthaltenen Widerspruchs, nur vermöge einer solchen **benigna interpretatio** aufrecht erhalten wird **L. 19. D.** ***de liber. et postum.*** **(XXVIII. 2.)**, hält er eine solche deshalb für nothwendig, weil hier das Testament für den Sohn, die Pupillarsubstitution, durch ein testamentarisches Codicill des Vaters in ein Fideicommiß verwandelt werde. Allein dies ist gar nichts Auffallendes, da das Universalfideicommiß sich nach Note 32. nur auf das väterliche Vermögen bezieht. 5) *Jos.* **Finestres Praelect. Cervar. ad Tit. D.** ***de vulg. et pupill. subst.*** **(Cervar. Lacetanorum 1752.) P. III. Cap. III. §. 5. p. 264. sq.** verbindet die zwei unter Nr. 2. und 3. erwähnten Erklärungen mit einander.

40) **L. 15. C.** ***de testam.*** **(VI. 23.) L. 21. C.** ***de legatis*** **(VI. 37.) L. 1.** und **L. 2. C.** ***communia de legatis*** **(VI. 43.)**

40a) **Alef l. c. Cap. II. §. 25, Tittel l. c. §. 41—43.**

41) Man lasse sich ja nicht dadurch täuschen, daß die Auf-

dicillarclausel keine Aenderung eingetreten ist, liefert uns die bereits oben (S. 199.) erklärte L. 8. §. 1. C. *h. t.* von Theodosius aus dem J. 424., welche Justinian, soweit sie sich auf die Codicillarclausel bezieht, unverändert aufnehmen ließ, während der von der Codicillarform handelnde §. 3. mehrfachen Interpolationen unterworfen wurde [42]), den besten äußeren Beweis. Alef hat die Gefahr, welche seiner Theorie aus dieser Constitution drohte, nicht verkannt. Allein er sucht bei dem Satze: „ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id implere nequiverit, intestatus videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere“ seine Rettung in dem Worte decrevit. Denn, sagt er, qui *decernit*, ita seligit unum, ut nolit aliud, cum *cernere* non est nisi separare; quisquis igitur decernit, in id, quod ab aliis separat, ita fertur, ut praeter hoc, quod separatum eligit, velit nihil [43]). Allein, wenn auch derselbe Act nicht gleichzeitig Testament und Codicill sein kann, und insofern die Wahl des Einen das Andere ausschließt, so kann doch der Wille des Erblassers darauf gerichtet sein, daß seine Verfügung in erster Linie als Testament, und

hebung des Unterschiedes zwischen Legaten und Fideicommissen einen bedeutenden Einfluß auf die Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen bestätigten und unbestätigten Codicillen gehabt hat. Vgl. §. 1511. b. S. 227.

42) Vgl. §. 1512. a. S. 393—397.

43) Alef p. 635. citirt zum Beweise dieses Sprachgebrauchs Sanctii Minerva Lib. 4. cap. 15. pag. 770. und Perizonii Responsio ad Kusteri diatriben de verbo cerno ibid. p. 773—797.

eventuell, wenn dies nicht angeht, als Codicill behandelt werden soll, wie wir dies ja gerade bei der Codicillarclausel wahrnehmen. In dieser Beziehung ist der Wille ein Testament zu machen, mit dem Willen ein Codicill zu errichten sehr wohl vereinbar. Hätte der Kaiser, wie Alef annimmt, bei dem Worte **decrevit** an einen Erblasser gedacht, welcher die ausdrückliche Erklärung abgegeben hat, daß sein Testament nur als Testament, und nicht auch eventuell als Codicill gelten solle[44]), so hätte er die Worte: **nisi ut ille complexus est etc.** nicht als eine Ausnahme hinzufügen können. Statt aber zu sagen: das Testament wird als Codicill aufrecht erhalten, außer wenn der Erblasser dies ausdrücklich verbietet, erklärt der Kaiser vielmehr umgekehrt: das Testament wird nicht als Codicill aufrecht erhalten, außer wenn sich der Erblasser ausdrücklich dafür erklärt hat, und hebt im **pr.** und §. 2. der Constitution immer nur den Fall der Hinzufügung der Codicillarclausel hervor, was, unter Voraussetzung der Richtigkeit der gegnerischen Behauptung, unnütz und überflüssig erscheinen müßte.

Mit dem nunmehr gewonnenen Resultate, daß die Verwandlung des Testaments in ein Codicill nur in Folge einer Erklärung des Erblassers vor sich geht, hängt eine weitere, früher sehr häufig, in der neueren Zeit aber

44) Auf ähnliche Weise bezieht Alef §. 34. die Worte: **eum qui testamentum facere opinatus est nec voluit, quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse** der **L. 1. D.** *h. t.* (S. 201.) auf denjenigen, welcher ein Testament errichtet, und dabei erklärt hat, daß es nicht als Codicill gelten solle, während Ulpian nach den Regeln der Grammatik, denjenigen damit bezeichnet, welcher nicht gewollt, **resp.** erklärt hat, daß das Testament eventuell als Codicill gelten solle.

viel seltener erwähnte Streitfrage zusammen, nämlich: ob die Codicillarclausel auch dann von Wirkung sei, wenn der Concipient oder Schreiber des Testaments, oder, wie man den Fall gewöhnlich aufstellte, wenn der Notar dieselbe ohne Wissen und Willen des Erblassers in das Testament aufgenommen habe? 45) Diese Frage bietet indessen keine ernstlichen Schwierigkeiten dar. Ist nämlich die Codicillarclausel erst nach Vollendung des Testamentsacts hinzugefügt, so kann ihr natürlich keinerlei Wirkung zugeschrieben werden, selbst wenn dies in Uebereinstimmung mit dem Erblasser, oder von Letzterem selbst geschehen ist. Im entgegengesetzten Falle kommt aber Alles darauf an, ob der Erblasser das von dem Concipienten des Testaments u. s. w. mit der Codicillarclausel versehene Testament **vor** dem Testamentsacte durchgelesen hat oder nicht. Im ersteren Falle hat er den Inhalt des Testaments, wie derselbe lautete, mithin auch die Beifügung der Codicillarclausel, insofern sie nur auf eine für ihn verständliche Weise ausgedrückt war 46), geneh-

45) Genaue Nachweisungen über den Stand der früheren Literatur finden sich bei *Fabius* TURRETUS Tractatus de codicillaris clausulae effectibus et defectibus. Colon. Agripp. 1596. Qu. 4—11. und Qu. 138. Vgl. auch *S.* STRYK Disp. de clausula codicillari Th. 68—78.

46) Daher ist die Hinzufügung der s. g. clausula ceterata in dem Testamente eines Laien ohne Wirkung, außer wenn ihm der Sinn dieser Clausel erläutert worden ist. Die Juristen des Mittelalters verstanden nämlich darunter diejenige Fassung der Codicillarclausel, wo nur andeutungsweise die Worte: „Si hoc testamentum meum ut testamentum etc." hinzugefügt waren, indem diese Fassung von der Abbreviatur etc. die clausula ceterata genannt wurde. — Ein Jurist könnte

migt; sie ist daher mit seinem Wissen und Willen integrirender Bestandtheil seines Testamentes geworden[47]). Als streitig bleiben mithin nur die selteneren Fälle übrig, wo der Erblasser den Testamentsact vorgenommen hat, ohne vorher Kenntniß von der Hinzufügung der Codicillarclausel erlangt zu haben. Dies ist z. B. denkbar, wenn der des Lesens kundige Erblasser das Testament in der Eile oder aus einem sonstigen Grunde nicht durchgelesen hat, oder wenn dem **illiteratus** das Testament gar nicht oder nicht vollständig vorgelesen worden ist u. s. w.[48])

übrigens auf diese Weise arg. L. 1. §. 5. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) L. 7. C. *de testam.* (VI. 23.) seinen Willen gültig an den Tag legen.

47) Es braucht dabei auch gar nicht weiter untersucht zu werden, ob der Erblasser eine ganz klare Vorstellung von der Codicillarclausel und ihren Wirkungen gehabt hat. Vgl. die auf S. 202. fgg. befindlichen exegetischen Erläuterungen.

48) Die Beweislast, daß der Erblasser aus den obigen Gründen keine Kenntniß von der Beifügung der Codicillarclausel gehabt habe, trifft natürlich denjenigen, welcher zu seinen Gunsten diese Behauptung vorbringt. Denn da der Erblasser bei dem Testamentsacte erklärt hat, daß in der fraglichen Urkunde sein letzter Wille enthalten sei, so muß, bis zum Beweise des Gegentheils, die Wahrheit dieser Erklärung angenommen d. h. der Act in dem Umfange, wie sich derselbe aus den äußeren Thatsachen ergiebt, aufrecht erhalten werden. — In der älteren Literatur wurde dies so ausgedrückt: es sei zu präsumiren, daß der Notar die Codicillarclausel nicht eigenmächtig, sondern im Auftrage des Erblassers hinzugefügt habe. — Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 707. Note 9. a. E. hat die im Texte erwähnten Fälle, vielleicht ih-

Nach der richtigen, von Thibaut[49]), Weber[50]) und Roßhirt[51]) vertretenen Ansicht muß in diesem Falle der Codicillarclausel jede Wirksamkeit abgesprochen werden, weil dieselbe nicht auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden kann. Es ist zwar dagegen geltend gemacht, daß derjenige, welcher einem Rechtsgelehrten den Auftrag zur Abfassung seines Testamentes gebe, denselben zugleich zur Hinzufügung aller gewöhnlichen Cautelen, kraft deren das Testament aufrecht erhalten werden könne, und zu denen auch die Codicillarclausel gerechnet werden müsse, beauftrage[52]). Allein da Testament und Codicill verschiedene Rechtsgeschäfte sind, da das Testament nicht kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten wird, so kann auch in dem Auftrage zur Verfertigung eines Testamentes kein Auftrag zur Anfertigung eines Codicills erblickt werden. Auf die Erklärung beim Testamentsacte kann aber kein Gewicht ge-

rer Seltenheit halber, nicht mit in den Kreis seiner Betrachtungen gezogen.

49) System des Pandektenrechts §. 935. not. d. und dazu: Brauns Dictate zu §. 784. ad voc. wenn sie ohne des Erblassers Willen.

50) Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld 2ter Th. (Leipzig 1820.) S. 275. Nr. 1.

51) Lehre von den Vermächtnissen 1ster Th. S. 63. fgg.

52) *S.* Stryk Disput. cit. Th. 69. Walch Introductio in Controv. jur. civ. Sect. 2. Cap. 4. Membr. 3. §. 44. p. 341. sq. (ed. 3.) Tauchert l. c. Cap. III. §. 2. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. S. 803. zu Fr. 1. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht §. 208. S. 707. Note 9. a. E. (eventuell geht er freilich, aber nach Note 48. a. E. nur unvollständig, auf die entgegengesetzte Ansicht ein.)

legt werden, weil der Erblasser keine Kenntniß von der beigefügten Codicillarclausel gehabt hat, und offenbar nur dasjenige für seinen letzten Willen erklären wollte, was seiner Meinung nach und seinem Willen gemäß in der Urkunde stand, nicht aber dasjenige, was ohne oder wider seinen Willen in dieselbe aufgenommen war, wenn er es auch vielleicht, bei zeitiger Kenntnißnahme, gebilligt haben würde. Denn auf die bloße Wahrscheinlichkeit kann, nach allen bisherigen Ausführungen, im Gebiete der Codicillarclausel keine Rücksicht genommen werden.

Eben so wenig ist endlich die von einigen neueren Juristen[53]) aufgestellte Ansicht zu billigen, daß die Umwandlung des Testaments auch ohne Codicillarclausel vorzunehmen sei, wenn der Erblasser gewußt habe, daß sein letzter Wille nicht als Testament bestehen könne, weil aus der gleichwohl unternommenen Errichtung eines letzten Willens auf die Absicht, ein Codicill zu errichten, geschlossen werden müsse. Allein die Nothwendigkeit dieses Schlusses muß völlig in Abrede gestellt werden. Denn wenn Jemand mit Bewußtsein ein nichtiges Rechtsgeschäft vornimmt, so legt er eben dadurch an den Tag, daß er nur dem Scheine nach, nicht aber in Wirklichkeit ein Rechtsgeschäft abschließen wolle. Hätte er die Absicht gehabt, ein anderes verwandtes Rechtsgeschäft ins Leben zu rufen, so würde er entweder die dafür passende Form gewählt, oder durch sonstige Willensäußerungen angedeutet haben, daß es ihm um dies andere Rechtsgeschäft zu thun gewesen sei. Ja man kann selbst nicht einmal die Wahrscheinlichkeit eines solchen Schlußes zugeben. War der Handelnde im Irrthume über die

53) Schweppe röm. Privatrecht §. 932. Note 1. der 3ten Aufl. und Mejer in der 4ten Aufl. 5ter Th. S. 384. Note 1. Seuffert praktisches Pandektenrecht §. 602. Note 3.

Gültigkeit, so kann man allerdings sagen: er würde wahrscheinlich, wenn er auf den Fall der Nichtigkeit aufmerksam gemacht worden wäre, sich für Aufrechterhaltung des Testamentes in der Gestalt eines Codicilles erklärt haben. Allein wer mit der Nichtigkeit bekannt war, und sich nicht anderweitig erklärt, dem können wir keine andere Absicht unterlegen, als daß er eben ein nichtiges Rechtsgeschäft vornehmen will. Die erwähnten Juristen berufen sich vergeblich auf die bereits in §. 1511. S. 93—99. erklärte **L. 13. §. 1. D.** *h. t.* Denn wenn wir auch aus dem dort befindlichen Gutachten Papinians den Grundsatz ableiten können, daß über die Frage: ob eine Urkunde für ein Testament oder ein Codicill zu halten sei, nur die voluntas des Erblassers entscheide, so beruht doch gerade die Annahme, daß in dem hier in Frage befindlichen Falle die voluntas des Erblassers auf ein Codicill gerichtet gewesen sei, auf einer unbegründeten Voraussetzung. Aus den Worten Papinians: **Voluntatis autem quaestio ex eo scripto plerumque declarabitur. Nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, heres si non exstitisset, sine dubio non codicillos sed testamentum facere voluisse intelligitur**, läßt sich im Gegentheil ableiten, daß es hier gar keinen Unterschied mache, ob der Erblasser im Irrthume oder ohne einen solchen gehandelt hat. Denn wenn der ganze Act sich äußerlich als ein Testament darstellt, und der Erblasser nicht angedeutet hat, daß er ein Codicill beabsichtige, so muß dieser Act auch als Testament behandelt, und demgemäß für gültig oder nichtig erklärt werden. Selbst eine neuere Gesetzgebung würde keine Veranlassung haben, sich eines solchen, der wissentlich ein nichtiges Rechtsgeschäft vornimmt, anzunehmen, während sich in dem Falle, wo dem Erblasser die anfängliche oder spätere Nichtigkeit des Testamentes nicht be-

kannt geworden ist, für die kraft Rechtsvorschrift eintretende Umwandlung des Testamentes vom legislatorischen Standpunkte aus sehr viel sagen läßt, indem nicht leicht ein Erblasser, wenn er ausdrücklich aufgefordert würde, seine Willensmeinung über die Eventualität der Richtigkeit des Testamentes kund zu thun, sich gegen die Aufrechterhaltung des Testamentes als Codicill erklären wird [54].

§. 1514. a.

Ausnahmsfälle, in welchen ein Testament kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten wird. — Das s. g. testamentum posterius imperfectum.

Die Frage: ob von der in dem vorhergehenden Paragraphen behandelten Regel Ausnahmen vorkommen, d. h. ob und in welchen Fällen ein Testament, ohne Willenserklärung des Erblassers, unmittelbar in Folge einer Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten wird, oder wie man sich immer ausdrückte: ob die Codicillarclausel nicht wenigstens in gewissen Fällen subintelligirt werde? hat die verschiedensten Antworten hervorgerufen. Wir können in dieser Beziehung drei Classen von Schriftstellern unterscheiden.

Die **erste** Classe subintelligirt die Codicillarclausel bei allen privilegirten Testamenten [55]. Eine solche Behauptung entbehrt indessen jeder Begründung. Denn

54) Als ein naturale negotii bei der Testamentserrichtung ist die obige Rechtsnorm mit vollem Rechte daher in das Preußische Landrecht Th. 1. Tit. 12. §. 279. und in das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch §. 726. aufgenommen.

55) Berger Oeconomia juris Lib. II. Tit. 4. §. XXXVI. Not. 5. und §. VI. Not. 8.

das Privilegium der s. g. privilegirten Testamente bezieht sich nur auf die Form. In dieser Beziehung existirt allerdings, nach dem Inhalte des §. 1513. a. kein Unterschied zwischen Testamenten und Codicillen. Dagegen wäre die Aufrechterhaltung eines privilegirten Testamentes, welches als solches, abgesehen von der Form aus irgend einem sonstigen Grunde z. B. wegen des noch bei Lebzeiten des Erblassers erfolgten Todes des eingesetzten Universalerben, nicht zu Recht bestehen kann, in der Gestalt eines Codicilles ein materielles Privilegium, was natürlich, ohne eine bestimmte Rechtsquelle nicht angenommen werden kann. Nach einer solchen sehen wir uns aber vergeblich um. Denn wenn wir auch, nach den folgenden Erörterungen, einen Ausnahmsfall bei dem privilegirten Testamente der Eltern unter Kindern antreffen, so stellt sich derselbe doch selbst als Ausnahmsfall dar, und ist wegen seiner Singularität keiner analogen Uebertragung auf andere Fälle fähig.

Die zweite Classe läßt die stillschweigende Ergänzung der Codicillarclausel nur bei einzelnen privilegirten Testamenten und meistens auch noch für gewisse privilegirte Fälle eintreten. Ueber die Zahl dieser Fälle herrschen indessen noch unter den neueren Juristen sehr abweichende Ansichten, so daß nichts weiter übrig bleibt, als die einzelnen geltend gemachten Fälle namentlich durchzugehen, wobei wir die wirklich begründeten von den mit Unrecht angenommenen in der Darstellung trennen werden.

A. Wirklich begründete Ausnahmsfälle gibt es nur zwei, nämlich bei dem testamentum parentum inter liberos und dem s. g. testamentum posterius imperfectum.

1. Daß ein solches Privilegium bei dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern zur Zeit der juristischen Classiker noch nicht existirte, geht mit Entschieden-

heit aus der auf S. 196. fgg. erklärten **L. 41. §. 3. D.** *de vulg. et pup. subst.* (**XXVIII. 6.**) hervor, wo Papinian geradezu ausspricht, daß das väterliche Testament, in welchem der einzige Sohn zum Universalerben eingesetzt war, nur dann als Codicill aufrecht erhalten werden könne, wenn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet habe. Dagegen findet sich ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, welches folgendermaaßen lautet[56]: **Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem. Sed et si tam circa testamentum, quam etiam codicillos judicium ejus deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas ejus declarata sit, licet ab intestato ei fuerit successum, ex senatusconsulto**[57]**) retentionis modo servato familiae herciscundae judicio aditum judicem sequi voluntatem patris oportere juris auctoritate significatur**, und häufig zur Begründung der diesseitigen Ansicht benutzt worden ist. Auf den ersten Anblick scheint hier nämlich der Grundsatz ausgesprochen zu sein, daß wenn der Vater ein Testament ohne Codicillarclausel errichtet hat, und dasselbe weder als Testament, noch, wegen Mangel der Codicillarclausel, als Codicill zu Recht bestehen kann, der Theilungsrichter doch den Willen des Erblassers, vorbehältlich der Quart, zu befolgen verpflichtet sein solle, wie wenn die Codicillarclausel hinzugefügt wäre. Allein dies wäre augenscheinlich ein neuer Rechtssatz; die Kai-

56) L. 16. C. *fam. herc.* (III. 36.) Dieses Rescript ist bereits von Mühlenbruch im 42. Th. des Comm. §. 1480. S. 154—157., aber auf eine nicht ganz befriedigende Weise erläutert.

57) Es ist hier das **S. C. Pegasianum** gemeint. Mühlenbruch a. a. O. S. 155. Note 1.

ser wollen aber nach ihrer eigenen Erklärung nur das bisherige Recht (juris auctoritate significatur) zur Anwendung bringen. Suchen wir daher den zweiten Theil des Rescriptes aus dem damaligen Rechte zu erklären, so enthält dasselbe, sobald wir nur darauf achten, daß das mündliche Codicill erst seit Constantin aufgekommen ist[58]), den bekannten Grundsatz, daß der Theilungsrichter auch ohne Testament und Codicill, den bloß mündlich erklärten letzten Willen des Erblassers zur Anwendung zu bringen verpflichtet ist[59]).

Die erste sichere Spur unseres Ausnahmsfalles findet sich aber in der L. 1. C. Th. *fam. herc.* (II. 24.) vom J. 321., in welcher der Kaiser Constantin Folgendes verordnet[60]): Cum dividendae res erunt, du-

58) Siehe §. 1512. a. S. 413—415.

59) Mühlenbruch a. a. O. legt die betreffenden Worte des Rescriptes dahin aus, daß wenn der Vater weder ein Testament noch ein Codicill zu errichten beabsichtigt, sondern lediglich Anordnungen über Vertheilung seines Vermögens unter seine Kinder getroffen habe, diese gültig sein sollten. Allein codicilli und divisio bildeten im damaligen Rechte gar keinen Gegensatz. Denn wenn die divisio nicht in einem Testamente, aber schriftlich angeordnet war, so wurde diese Urkunde ein Codicill genannt. L. 39. §. 1. D. *fam. herc.* (X. 2.) S. §. 1511. d. S. 331. Note 68—69. Dagegen findet ein wahrer Gegensatz zwischen codicilli und einer quibuscunque verbis declarata voluntas Statt, sobald wir darin den Gegensatz zwischen einer schriftlichen und mündlichen letzten Willenserklärung erblicken. Vgl. auch L. 21. C. *fam. herc.* (III. 36.)

60) Vgl. über diese Constitution die Ausführungen Mühlenbruchs a. a. O. S. 157—160., wo nur der im

bitari non potest, ab heredibus suis consensum sine ulla controversia commodandum. Quod vero ad hujusmodi spectat scripturas, in quibus talis defunctorum mens fuisse invenitur, ut de testamento intelligatur tantummodo cogitatum, etsi repugnare jus videatur, hujusmodi quoque conscriptiones inter suos duntaxat heredes valere oportet, quemadmodum valent scripturae simpliciter inchoatae, quas nulla solennitatis adminicula defendunt, solis nixae radicibus voluntatis. Licet enim sub testamenti vocabulo coeptae, cum perfectae non sint, neque appellari aliter ullo modo possint, evanuisse videntur, tamen dispositiones ultimae, coloratam juris imaginem referentes[61]), justius in se legum proclivem favorem debent provocare. Quamobrem, cum filiis ac nepotibus civili jure, vel auxilio praetoris ut suis heredibus, defuncti successio deferatur, etiamsi coeptum neque impletum testamentum esse memoretur, vel si ab utilitate verborum vel solennitate juris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet, et obsecundari protinus, cum res dividentur, nec retineri amplius, quam quod singulorum personis detegetur adscriptum, ut et memoria defuncti non violetur parentis, et occasiones litium dirimantur.

Erbschaftstheilungen konnte ein Hausvater damals, wie jeder andere Erblasser, ganz formlos vornehmen[62]).

Texte besprochene juristische Character derselben nicht scharf genug hervorgehoben ist.

61) *Jac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad C. Th. h. l. not. p. (ed RITTER T. I. p. 223.) erklärt die Worte coloratam imaginem durch id est: adumbratam: Imago est veritatis adumbratio.

62) Siehe §. 1511. d. S. 329—332.

Wenn er aber ein Testament errichtete und in demselben eine Vertheilung seines Vermögens anordnete, so konnte auf die letztere keine Rücksicht genommen werden, wenn das Testament aus irgend einem Grunde hinfällig wurde, weil die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen regelmäßig die Ungültigkeit des sämmtlichen übrigen Inhaltes des Testamentes nach sich zieht[63]), außer wenn die Codicillarclausel hinzugefügt war. Dies änderte nun Constantin in der vorliegenden Constitution mit dem klaren Bewußtsein, daß er eine Neuerung vornehme (etsi jus repugnare videatur)[64]), für die Erbfolge der sui heredes und den ordo Unde liberi ab[65]). Wenn das Testament auch unvollendet geblieben, oder sonst wegen Mangel der Form oder Nicht-Beobachtung der nothwendigen Formeln nichtig sei, so solle der Wille des Vaters dennoch aufrecht erhalten werden. Es tritt hier also kraft Rechtsvorschrift der nämliche Erfolg ein, wie ihn der Erblasser selbst, bei der damaligen Formlosigkeit der Codicille[66]), durch die Codicillarclausel hätte hervorbringen

63) Die Beweisstellen befinden sich oben in §. 1514. S. 205. Note 12.

64) In diesen Worten liegt das S. 205. angedeutete bisher ganz übersehene Argument gegen die s. g. stillschweigende Codicillarclausel.

65) *Jac.* GOTHOFREDUS l. c. bezieht die Constitution nur auf wirkliche sui heredes. Allein die Worte: quamobrem cum filiis ac nepotibus civili jure, vel auxilio praetoris ut suis heredibus, defuncti successio deferatur, müssen nothwendigerweise auf die wirklichen, und die kraft einer fingirten Suität im ordo Unde liberi succedirenden, namentlich die emancipirten Kinder bezogen werden. S. Mühlenbruch a. a. O. S. 157. Note 8.

66) Denn die Einführung der Testamentsform für die In-

können. Das für den Vater geschaffene Privilegium ist demnach nicht ein formelles, sondern ein materielles d. h. es tritt hier ausnahmsweise schon kraft Rechtsvorschrift eine s. g. conversio actus juridici ein.

Diese Constitution ist nun zwar nicht wörtlich, aber doch ihrem wesentlichen Inhalte nach in die wahrscheinlich aus mehreren Verordnungen zusammengesetzte **L. ult. C. J.** *fam. herc.* **(III. 36.)** aufgenommen, deren Worte folgendermaaßen lauten[67]:

> **Inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videantur esse, vel emancipatos**[68]**, quos praetor ad successionem vocat, sive coeptum neque impletum testamentum vel codicillus seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis vel indiciis inveniantur relictae**[69]**, judicio familiae herciscundae, licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, servato senatusconsulti**[70]**)**

testatcodicille durch L. 1, C. Th. *h. t.* fällt erst in das J. 326., (s. §. 1512. S. 366. fgg.); während die obige Constitution aus dem J. 321. stammt.

67) Auch diese Constitution ist von Mühlenbruch a. a. O. S. 160. fgg. besprochen worden.

68) *Jac.* Gothofredus l. c. p. 224. hält diese Worte nach Note 65. mit Unrecht für eine Neuerung Justinians.

69) Unter diesen scripturae, im Gegensatze von codicillus und epistola, kann der Kaiser nur solche letztwillige Urkunden verstanden haben, die weder in Briefform abgefaßt, noch mit dem Namen oder der Ueberschrift codicilli versehen waren.

70) Es ist hier das S. C. Pegasianum gemeint. Vergl. Note 57.

auxilio defuncti dispositio custodiatur, etsi solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta etc.

Auch hier wird auf das Entschiedenste anerkannt, daß das angefangene aber nicht zur Vollendung gediehene väterliche Testament, obwohl es zur Intestaterbfolge kommt, dennoch kraft Rechtsvorschrift, mithin als ein Intestatcodicill [71]), aufrecht erhalten werden soll. In gleicher Weise ist die Beschränkung auf die Erbfolge der wirklichen und fingirten **sui heredes** festgehalten. Dagegen stellt sich hierbei für das Justinianeische Recht noch ein formelles Privilegium heraus, indem Justinian auch die formlose Urkunde als gültig anerkennt, während sonstige Codicille der gewöhnlichen Codicillarform unterliegen. Justinian hat diese Formlosigkeit, offenbar nur im Hinblicke auf eine frühere Theodosische Verordnung, beibehalten. Nachdem nämlich Constantin und Theodosius im J. **326.** und **resp. 424.** sowohl die Intestat- als die testamentarischen Codicille zu solennen Willenserklärungen erhoben hatten [72]), so mußte natürlich die Frage entstehen: ob dieser Rechtsänderung ein Einfluß auf die obige Verordnung Constantins über das **testamentum imperfectum** des Hausvaters zuzuschreiben d. h. ob der in einem unvollendet gebliebenen Testamente ausgesprochene väterliche Wille als Intestatcodicill aufrecht zu erhalten sei, auch wenn es an der vorgeschrie-

71) Während man es mit Mühlenbruch a. a. O. S. 158. fgg. für zweifelhaft erklären kann, ob das **testamentum imperfectum**, nach **L. 1. C. Th.** *fam. herc.* (S. 229. fg.) als Testament oder als Intestatcodicill gelten soll, tritt es in dieser Justinianeischen Redaction klar zu Tage, daß Intestaterbfolge eintreten soll.

72) Vgl. §. 1512. S. 365. fgg.

benen Codicillarform mangelte? Die Beantwortung dieser Frage war offenbar nicht ohne Bedenken. In den daraus entspringenden zweifelhaften Rechtszustand griff nun Theodosius mit seiner bekannten Testamentsnovelle vom J. 439.[73]) ein, indem er in §. 5. derselben festsetzte: **Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus**, nachdem er in dem voraufgehenden §. 3. ein **testamentum imperfectum** als ein **non subscriptum a testibus atque signatum** characterisirt hatte. Hiernach soll also auch die einfach formlose[74]) Testamentsurkunde kraft Rechtsvorschrift, und zwar nach der richtigeren Ansicht nicht als Testament, sondern als Intestatcodicill aufrecht erhalten werden[75]). Auch diese Verfügung ist wieder in den Justinianeischen Codex, aber mit zwei nicht unwesentlichen Zusätzen übergegangen. Die betreffende Stelle lautet hier nämlich in **L. 21. §. 3. C.** *de testam.* also:

> **Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in hujusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad**

73) Nov. Theodos. Tit. XVI. (bei RITTER Cod. Theod. T. VI. P. 2. in HUGO jus civile antejust. Nov. 23. T. II. p. 1251., bei HAENEL Novellae Constitutiones Imperatorum Theodosii II. etc. p. 63. 64.

74) In dieser Beziehung unterscheidet sich dieses testamentum imperfectum von dem unter Nr. 2. zu behandelnden s. g. testamentum posterius imperfectum, wo die bloße Formlosigkeit nicht genügt.

75) Vgl. die Bemerkungen Mühlenbruchs an dem in der folgenden Note angegebenen Orte.

illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.

Während es bei der Theodosischen Verordnung zweifelhaft bleibt, ob unter den liberi nur die wirklichen und fingirten sui d. h. die liberi im Sinne des prätorischen Edikts, oder aber sämmtliche Descendenten zu verstehen seien, erstreckt Justinian die fragliche Bestimmung mit ausdrücklichen Worten auf den Fall der Beerbung sämmtlicher männlichen und weiblichen Ascendenten. Dagegen hat auch er sich nicht deutlich darüber ausgesprochen, ob dies testamentum imperfectum als Testament oder als Intestatcodicill ins Leben treten soll. Mühlenbruch hat sich schon an einem anderen Orte[76], gewiß mit Recht, für das Letztere erklärt. Wollte man aber auch die erstere Ansicht zu Grunde legen, so müßte das Testament, wegen der ganz allgemein lautenden Worte der Constitution, wenn es, abgesehen von der Form, aus irgend einem sonstigen Grunde als Testament nicht gelten könnte, doch jedenfalls als Codicill aufrecht erhalten werden.

Den bisher geschilderten Rechtszustand hinsichtlich der Verfügungen der Eltern unter Kindern hat bekanntlich zuletzt noch Justinian durch Einführung einer bestimmten Form für die divisio und das testamentum resp. die codicilli parentum inter liberos geändert[77]. Allein diese Aenderungen beziehen sich durchaus nur auf die Form der gedachten Verfügungen[78]. Das durch die

76) Im 42sten Th. des Comment. §. 1480. S. 163.

77) Nov. 18. cap. 7. Nov. 107.

78) Die Form des privilegirten Codicills der Eltern unter Kindern ist freilich identisch mit der Testamentsform selbst. Gegen einen Mangel der Form kann daher weder die Codicillarclausel, noch dieses materielle Pri-

frühere Gesetzgebung und zwar zuerst allein geschaffene materielle Privilegium, welches in der kraft Rechtsvorschrift eintretenden Conversion eines solchen Testamentes besteht, muß daher, weil es nirgends aufgehoben ist, als noch geltend anerkannt werden. Nur darin muß den angeführten Novellen ein Einfluß eingeräumt werden, daß die Conversion jetzt nur dann noch eintritt, wenn der Erblasser mindestens die Form gewahrt hat, welche nach den Ausführungen in §. 1513. e. S. 72—90. zu einem privilegirten Codicille der Eltern unter Kindern, oder aber zu einer divisio gehört. Nach den obigen Constitutionen kann es nämlich wohl keinem Zweifel unterliegen, daß wenn ein Ascendent von Anfang an nur die Absicht hatte, ein Codicill unter seinen Descendenten zu errichten, auch hiezu nach dem Rechte vor den Novellen Justinians eine einfach formlose Urkunde hinreichte, und daß er sich nicht der durch Constantin und Theodosius vorgeschriebenen Form zu bedienen brauchte [79]. So war denn kein Unterschied zwischen den Fällen, wo das Codicill von Anfang an als solches beabsichtigt war, und wo es nur kraft einer Conversion ins Leben trat. Nachdem aber in Folge der gedachten

vilegium schützen. Allein das Testament kann ja möglicherweise aus anderen Gründen hinfällig sein, und doch die Fähigkeit besitzen, als Codicill ins Leben zu treten, wie wenn z. B. ein früheres gültiges Testament existirt, welches durch dieses privilegirte Testament bekanntlich nicht aufgehoben wird (vgl. Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1482. S. 219—227.) In solchen Fällen hat daher noch jetzt das im Texte besprochene materielle Privilegium auch für das testamentum parentum inter liberos seinen großen Nutzen.

79) Mühlenbruch a. a. O. §. 1480. S. 165. fgg.

Novellen der einfach formlose Wille nicht mehr berücksichtigt wird, wenn der Ascendent von Anfang an nur ein privilegirtes Codicill oder eine divisio hinterlassen will, so kann dieser formlose Wille consequenterweise auch nicht mehr in der Gestalt der Conversion mit rechtlicher Wirkung zugelassen werden. Nur mit dieser Beschränkung ist die Ansicht derjenigen Schriftsteller zu billigen, welche bei dem testamentum parentum inter liberos[80]) eine stillschweigende Ergänzung der Codicillarclausel annehmen[81]).

2. Den zweiten Ausnahmsfall bildet das s. g.

80) Das hier besprochene materielle Privilegium gilt natürlich eben sowohl, wenn ein formell privilegirtes, als wenn ein testamentum parentum inter liberos, welches nach jus commune errichtet ist, vorliegt.

81) Menochius de praesumtionibus Lib. IV. Praes. 31, nr. 16., Mantica de conjecturis ultim. volunt. Lib. I. Tit. 9. §. 5. Lauterbach Colleg. theor. pract. *h. t.* §. 17. Meier Colleg. Argent. *h. t.* Th. 10. Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. 4. Def. 38. nr. 8. Def. 22. nr. 6. und 7. Richter Decis. 63. nr. 11 — 13. Schoepffer Synops. jur. rom. *h. t.* nr. 13. Voet Comment. ad Pand. *h. t.* nr. 7. — Carpzov an dem zuerst angeführten Orte nennt indessen die von ihm zugelassenen Ausnahmen (vgl. unten Note 9. und 17. der folgenden Centurie) doch ex interpretum traditionibus potius quam ex juris ratione begründet. Eine irgend genügende Beweisführung der diesseitigen Ansicht findet sich aber auch freilich bei keinem einzigen der hier angeführten Schriftsteller, woraus es sich sehr natürlich erklärt, daß die neueren Schriftsteller diese Ausnahme nach und nach stillschweigend verworfen haben.

testamentum posterius imperfectum[82]). Dasselbe hat bekanntlich seinen Sitz in der Note 73. citirten Theodosischen Testamentsnovelle §. 7., welcher als L. 21. §. 5. C. J. *de testam.* (VI. 23.), in der Justinianeischen Redaction folgendermaaßen lautet[83]):

82) Mühlenbruch hat im 38sten Th. des Commentars §. 1430. S. 364—402. (vgl. mit S. 445—464.) und im 42sten Th. §. 1478. S. 2—17. die Ansicht vertheidigt, daß das s. g. testamentum posterius imperfectum ein wahres privilegirtes Testament sei. Allein alle späteren Juristen, von welchen Aeußerungen über diesen Punkt vorliegen, mit Ausnahme Roßhirts, haben sich gegen Mühlenbruchs Ausführungen erklärt, namentlich v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 460. Anm. S. 205—208. Pfotenhauer in einem besonderen Aufsatze in Linde's Zeitschrift 16ter Bd. 1ste Abh. S. 1—27. „Einige Bemerkungen über das vorzugsweise s. g. testamentum posterius imperfectum." Ferner hat Witte in Weiske's Rechtslexikon 2ter Bd. Art. Codicill S. 671. Note 8. eine von allen bisherigen abweichende neue Ansicht aufgestellt, welche jetzt auch im Wesentlichen von Sintenis im praktischen gemeinen Civilrechte 3ter Th. §. 179. S. 483. Note 38. getheilt wird, ohne daß dieser seinen Vorgänger gekannt zu haben scheint. Roßhirt dagegen, welcher in der Lehre von den Vermächtnissen 1ster Bd. (Heidelb. 1835.) S. 42—45. das in Frage stehende Testament als ein Intestatcodicill aufgefaßt hatte, ist in seinem Testamentarischen Erbrechte (Heidelb. 1838.) §. 88. Note 3. stillschweigend auf Mühlenbruchs Seite übergetreten. — Unter diesen Umständen wurde eine Revision dieser Lehre, welche freilich zu anderen, als den von Mühlenbruch gefundenen Resultaten führt, zur Nothwendigkeit.

83) Eine wortgetreue Uebersetzung findet sich in den Basil.

Si quis autem testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad ejus hereditatem vocantur. Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam [84]) intestati valere sancimus [85]). In qua voluntate quinque testium juratorum depositiones sufficiunt [86]); quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

Versuchen wir zuvörderst, diese Constitution aus sich selbst zu erklären, so kann über drei Punkte kein Streit entstehen. Der Kaiser redet nämlich nur von einer schriftlichen secunda voluntas; der Erblasser muß die Absicht ge-

Lib. XXXV. Tit. 2. Const. 16. (ed. Heimbach T. III. p.546.) und in Harmenopulus Πρόχειρον νόμων Lib. V. Tit. 1. §. 29. (ed. Heimbach Lips. 1850. p. 600.)

84) Das Wort ultimam fehlt in der Originalconstitution.

85) In den älteren Ausgaben des corp. jur. wurde der mit In quà voluntate beginnende Satz nur durch ein Komma von dem voraufgehenden getrennt und als Apposition des letzteren behandelt. Siehe dagegen die weiter unten folgenden Bemerkungen im Texte bei Note 99.

86) In der Originalconstitution wird richtiger sufficient statt sufficiunt gelesen (Haenel l. c. not. m.), indem der Kaiser hier eine singuläre Bestimmung anordnet. Siehe die Ausführungen im Texte bei Note 98.

hoben haben, diese Urkunde zu seinem Testamente zu erheben, und sie muß endlich eine imperfecta scriptura geblieben sein. Da nun in dem voraufgehenden §. 5. unserer Constitution das imperfectum testamentum als ein non subscriptum a testibus atque signatum definirt ist, so sind wir offenbar nicht bloß berechtigt, sondern sogar verpflichtet, diesen Begriff auch hier zu Grunde zu legen. Wenn daher der Kaiser, damit diese imperfecta scriptura in Kraft trete, außerdem quinque testium juratorum depositiones verlangt, so müssen wir 5 Zeugen mit einer solchen imperfecta scriptura in Verbindung bringen. Dies kann aber offenbar nur geschehen, wenn wir uns den Hergang auf folgende Weise denken [87]. Der Erblasser will ein zweites Testament errichten; er zeigt den zu diesem Zwecke rogirten Zeugen die Urkunde mit der Erklärung vor, daß dies sein Testament sein solle, aber die Zeugen unterschreiben und untersiegeln nicht, entweder weil der Testiract durch den Tod des Erblassers, oder aus irgend einem sonstigen Grunde unterbrochen wird. In einem solchen Falle soll nun das bereits früher errichtete Testament über den Haufen stürzen und die secunda voluntas in Kraft treten, insofern 5 Zeugen eidlich über den Hergang deponiren [88]. Hierbei

87) Auf gleiche Weise wird der zu Grunde liegende Fall von Vangerow und Pfotenhauer (not. 82. cit.) construirt.

88) Eine ähnliche jurata depositio wird bei dem testamentum ruri conditum in L. ult. C. *de testam.* (VI. 23.) verlangt. Marezoll's Aeußerung in Grolman und Löhr's Magazin 4ter Bd. S. 173. fgg., daß die jurata depositio zur Form gehöre, ist von Mühlenbruch dahin mißverstanden worden, daß M. eine eidliche Deposition bei der Testamentserrichtung selbst verlange, während M. damit offenbar nur die

ist nun die Hauptstreitfrage: ob diese secunda voluntas als Testament oder als Intestatcodicill zur Geltung gelangt[89])? Billigerweise sollte indessen gar kein Zweifel darüber herrschen, daß der Kaiser nicht den Eintritt der testamentarischen, sondern der Intestaterbfolge beabsichtigt hat, und daß daher dieser zweite Wille nur als Intestatcodicill behandelt werden kann. Denn die Worte eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura, infirmato priore testamento, secundam ejus voluntatem non quasi testamentum sed quasi voluntatem ultimam intestati valere sancimus können gar nichts anderes bedeuten, als daß dieser zweite Wille nicht in der Eigenschaft als Testament (non quasi[90]) testamentum), sondern in der Eigenschaft als voluntas ultima intestati gelten soll. Der Kaiser nennt deshalb auch die Urkunde in dem weiteren Verlaufe der Constitution niemals ein Testament, sondern immer nur die secunda voluntas, die imperfecta scriptura. Daß nun dieselbe die vis rum-

Nothwendigkeit der ausdrücklichen Aussage der 5 Zeugen, als conditio sine qua non der Wirkung der secunda voluntas bezeichnen wollte.

89) Die Literatur siehe bei Mühlenbruch im 38sten Th. S. 378. Note 19. und im 42sten Th. S. 12. Note 26. Den dort angeführten Schriftstellern ist noch hinzuzufügen: Puchta Pandekten §. 484. Note i. — Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 502. Anm. 3. a. E. stimmt wie v. Vangerow a. a. O. im Wesentlichen mit der diesseitigen Darstellung überein.

90) Das Wörtchen quasi bedeutet häufig so viel als: in der Eigenschaft (Qualität) als u. s. w. wie z. B. in L. 5. §. 4. D. *de liber. leg.* (XXXIV. 3.) L. 78. pr. D. *de jure dotium* (XXIII. 3.) Vergl. auch Brissonius de verb. signif. s. v. quasi §. 4. (wo übrigens keineswegs alle Beweisstellen zutreffen.)

pendi besitzt und ohne Codicillarclausel und ohne die gewöhnliche Codicillarform doch als Codicill aufrecht erhalten wird, daß also insofern sowohl in formeller wie in materieller Hinsicht mehrfache Abweichungen vom gemeinen Rechte Statt finden, ist nicht zu läugnen. Allein der Kaiser hat eben ein jus singulare schaffen wollen, und wir haben an den übrigen privilegirten Testamenten und Codicillen eine Reihe von Abweichungen vom jus commune, welche in demselben Maaße der kaiserlichen Willkühr ihr Dasein verdanken[91]).

Die Richtigkeit der diesseitigen Auffassung wird um so einleuchtender werden, wenn wir die Gründe der Gegner ins Auge fassen und einer Critik unterwerfen. Wenden wir uns zuerst zu Mühlenbruchs Darstellung, so reduciren sich die von ihm vorgetragenen Gründe auf folgende Punkte:

1) In dem früheren Rechte sei das testamentum posterius imperfectum zu Gunsten der Intestaterben nach L. 2. D. *de injusto rupto* (XXVIII. 3.) aus Ulpians 2tem Buche ad Sabinum: „Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest: tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur" entschieden ein wahres Testament gewesen[92]). Die Theodosische Verordnung

91) Ein sehr ähnliches Beispiel haben wir in §. 1513. e. S. 77. fgg. an dem privilegirten Codicill der Eltern unter Kindern kennen gelernt, insofern auch die Vermächtnisse an extranei aufrecht erhalten werden, obgleich die Zeugen nicht unterschrieben haben, wenn nur der Erblasser vor den Zeugen erklärt hat, daß er die fragliche Urkunde eigenhändig unterschrieben habe.

92) Die angeführte Stelle bezieht sich, wie Mühlenbruch

müsse deshalb, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, so interpretirt werden, wie sie am wenigsten vom bisherigen Recht abweiche. Wenn man demnach den Worten: eo enim casu — videantur extranei den Sinn unterlege: es solle das Testament, wenn es nur vor 5 Zeugen errichtet sei, als Testament gelten, gerade wie ja auch ein Intestatcodicill vor 5 Zeugen errichtet werden könne, so bestehe die einzige Aenderung darin, daß Theodosius die Codicillarform[93]) an die Stelle der Form des präto-

rischen Testamentes gesetzt habe

im 38sten Th. S. 366—371. sehr richtig auseinandergesetzt hat, auf den Fall der Collision eines älteren Mancipationstestamentes mit einem jüngeren s. g. prätorischen Testamente. Die aus dem letzteren ertheilte bonorum possessio secundum tabulas war nämlich nur cum re, wenn die nächsten Intestaterben darin eingesetzt waren. Vgl. jetzt auch Leist's Bonorum possessio 2ter Th. 1ste Abth. S. 283. und 2te Abth. S. 101.

93) Da zu einem schriftlichen Codicille die Unterschrift der Zeugen erforderlich ist, so mußte Mühlenbruch natürlich auch die Behauptung aufstellen, daß dieses testamentum imperfectum von den Zeugen unterschrieben sein müsse (42ster Th. S. 5—7.) Diese Behauptung suchte er folgendermaaßen zu begründen. In §. 5. der gedachten Testamentsnovelle definire der Kaiser das testamentum imperfectum zwar als ein non subscriptum a testibus atque signatum; allein dasselbe solle nur gelten inter solos liberos. Der §. 7. derselben Novelle könne daher unmöglich noch einen zweiten Ausnahmsfall zu Gunsten aller Intestaterben enthalten. Man müsse deshalb in §. 7. unter dem testamentum imperfectum offenbar ein von wenigstens 5 Zeugen unterschriebenes Testament verstehen. — Allein die Sache erklärt sich ganz einfach folgendermaaßen. Nach §. 5. gilt das einfach formlose

rischen Testaments gesetzt habe. — Allein diese ganze Argumentation[94]) scheitert an der grammatischen Unmöglichkeit. Denn den Worten: **secundam ejus voluntatem non quasi testamentum valere** den Sinn unterlegen: die **secunda voluntas** gilt als Testament, heißt doch wahrlich mit sehenden Augen blind sein wollen. Denn mag man **quasi** mit „in der Eigenschaft als" oder mit „gleichsam wie" übersetzen, so kommt man doch immer zu dem Resultate, daß dieser zweite Wille in seiner Wirksamkeit nicht einem Testamente, sondern einem Intestatcodicille gleichstehe. Unter diesen Umständen kann keine Rede davon sein, daß die Theodosische Verordnung aus **L. 2. D. cit.** interpretirt werden müsse. Im Gegentheil kann, im Geiste des Justinianeischen Rechtes, die **L. 2. D. cit.** eine praktische Bedeutung nur erlangen, wenn man sie der Theodosischen Verordnung anzupassen versucht[95]). Denn der Gesetzgeber kann so viel und so

Wille **inter liberos**; allein nach §. 7. hat er nur dann die **vis rumpendi** gegenüber einem früheren Testamente, wenn der Testamentsact auf die obige Weise begonnen, aber nicht vollendet ist, und zwar kommt diese letztere Bestimmung auch den sonstigen Intestaterben zu gute.

94) Sie findet sich im 38sten Th. S. 375—377., im 42sten Th. S. 4. fgg.

95) Um die Stelle nicht geradezu für unpraktisch erklären zu müssen, weil ein s. g. prätorisches Testament gar nicht mehr existirt, bleibt nur ein Ausweg übrig. Ulpian sagt nämlich ausdrücklich nur, daß durch dies zweite **testamentum non perfectum** das erstere rumpirt werde; darüber aber, in welcher Qualität dies **testamentum non perfectum** ins Leben trete, liegt wenigstens keine ausdrückliche Erklärung vor. Im Sinne und Geiste der Justinianeischen Legislation könnte das

weit von dem früheren Rechte abweichen, als er will. Ueber die Gränzen dieser Abweichung müssen aber zunächst natürlich die Worte des neuen Gesetzes Aufschluß geben. Diese sprechen hier aber so klar zu Gunsten der diesseitigen Auffassung, daß sie einer gegentheiligen Deutung gar keinen Raum gestatten. — Eben so wenig zu billigen ist Mühlenbruchs Auffassung des Schlußsatzes: **In qua voluntate** u. s. w. Er findet nämlich darin den Gedanken ausgedrückt, daß 5 tüchtige Solennitätszeugen zugezogen werden müßten, welche auf Verlangen über den Act eidlich aussagen könnten[96]). Allein der Rechtsbestand dieser zweiten **voluntas** wird von der eidlichen Aussage[97]) dieser Zeugen abhängig gemacht; dieselbe stellt sich als etwas unumgänglich Nothwendiges dar. Da dies nun aber auf die schriftlichen Intestatcodicille gar nicht paßt, so hat der Kaiser auch offenbar gar nicht den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß bei allen Intestatcodicillen 5 Zeugen genügten[98]), aussprechen wollen; er hat vielmehr mit den Worten: **In qua voluntate etc.** nur

Fragment daher in dieser letzteren Beziehung aus der Theodosischen Verordnung ergänzt werden.

96) Im 38sten Th. S. 395—399., im 42sten S. 24.

97) Pfotenhauer in der Note 82. citirten Abhandlung S. 26. scheint zu verlangen, daß den Zeugen wenigstens der Hauptinhalt des letzten Willens bekannt gemacht werde. Allein dies ist nirgends erfordert, und kann um so weniger angenommen werden, weil hier ein schriftliches Testament beabsichtigt sein muß, und bei diesem die Zeugen regelmäßig nicht mit dem Inhalte bekannt gemacht werden. Die **juratae depositiones testium** können daher nur als Aussagen über die Aechtheit der Urkunde aufgefaßt werden.

98) Ueber diese Aenderung Justinians vgl. §. 1512. a. S. 395.

eine Eigenthümlichkeit für diese secunda voluntas, von welcher ja auch gleich nachher wieder in den Schlußworten quo non facto etc. gehandelt wird, festgesetzt. Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich daraus, daß wir es hier mit einer von den Zeugen nicht unterschriebenen Scriptur zu thun haben. Der Kaiser mußte sich deshalb mehr an die Grundsätze über die Beweisführung bei mündlichen Codicillen halten. Bei einem solchen mußten aber nach §. 1512. S. 388—390. in Folge der früher festgesetzten Identität der Testaments- und Codicillarform und der Aenderungen der Testamentsform durch Theodosius damals 7 Zeugen zugezogen werden, und wenn es zum Beweise kam, eidlich deponiren [98a]). Bei dieser secunda voluntas soll dagegen schon die eidliche Aussage von 5 Zeugen genügen [99]).

2) Die secunda voluntas könne nicht als Codicill behandelt werden

a) weil der Erblasser nicht die Absicht gehabt habe ein Codicill zu errichten;

b) weil ein Codicill nicht die Kraft besitze, ein Testament aufzuheben [100]).

Allein kann denn der Gesetzgeber nicht Abweichungen vom jus commune festsetzen? Konnte er namentlich nicht eine kraft Rechtsvorschrift eintretende Conversion eines nichtigen Testamentes eben so gut einführen, wie bei dem testamentum parentum inter liberos, etsi jus repugnare videatur, wie es in L. 1. C. Th. *fam. herc.*

98a) Vgl. Glück im 35sten Th. des Comment. §. 1417. S. 8—12., und den 44sten Th. §. 1513. d. S. 53.

99) Aus diesen Gründen muß mit den Worten: In qua voluntate ein neuer Satz angefangen werden.

100) Im 38sten Th. S. 379. fgg. Mühlenbruch legt hierbei namentlich darauf das Gewicht, daß der Erblasser die Intestaterben zu Erben einsetzen müsse S. 384. fgg.

(S. 229. fgg.) heißt? Ueberdieß liegt hier auch nicht einmal eine wahre Ausnahme von dem Grundsatze: codicillis hereditas adimi non potest (§. 1511. S. 75. fgg.) vor. Denn wenn der Erblasser nur die Absicht gehabt hätte, ein Codicill zu errichten, so würde das frühere Testament, auch wenn die Aechtheit der Urkunde auf die vorgeschriebene Weise erwiesen würde, dennoch nicht rumpirt werden. Die Absicht, ein neues Testament zu errichten ist es vielmehr, welche hier, obwohl das Testament nicht perfekt geworden ist, unter den gedachten Umständen die Ruption hervorbringt. Endlich ist es ja auch gar nichts Unerhörtes, daß ein Testament auf andere Weise, als durch ein neues gültiges Testament aufgehoben wird. Denn mit demselben Rechte, wie der Kaiser Honorius[1]) verordnete, daß Testamente durch den Ablauf von 10. Jahren aufgehoben werden sollten, und wie Justinian[2]) hieraus das bekannte Widerrufsrecht schuf, mit demselben Rechte konnte auch Theodosius einem testamentum imperfectum die vis rumpendi beilegen, was in dem vorliegenden Falle gerade um so weniger unbillig war, als es zu Gunsten der natürlichen d. h. der Intestaterben gereicht.

3) Wenn sich endlich Mühlenbruch[3]) auf die Auctorität des Harmenopulos[4]) beruft, so steht die-

1) L. 6. C. Th. *h. t.* (IV. 4.), von Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1429. S. 268. fgg. genauer erläutert.

2) L. 27. C. J. *de testam.* (VI. 23.), erklärt von Mühlenbruch a. a. O. S. 274. fgg.

3) Im 38sten Th. S. 384. Note 33.

4) Πρόχειρον νόμων Lib. V. Tit. XI. §. 27. (in der Ausgabe von Reitz in Meerman Thes. T. VIII. p. 321. und in Heimbachs Ausgabe S. 702.)

ses Argument an Schwäche den übrigen nicht nach. Denn abgesehen davon, daß wir überhaupt dem Harmenopulos in solchen Fällen, wo es sich um die wissenschaftliche Interpretation und Auffassung des Justinianeischen Rechtes handelt, keine große Auctorität einräumen können, so spricht derselbe viel mehr für die diesseitige als für die Mühlenbruch'sche Ansicht. Er äußert sich nämlich über dieses testamentum imperfectum folgendermaaßen: Ἀτελὴς διαθήκη οὐ στέργεται. Οἱ ἔξ ἀδιαθέτου δὲ κληρονάμοι καὶ ἀπὸ τῆς ἀτελοῦς διαθήκης κληρονομοῦσιν, οὐ διὰ τὴν διαθήκην, ἀλλὰ διὰ τὸ φυσικῶς πρὸς αὐτοὺς δίκαιον. Ὅταν οὖν οἱ ἐξ ἀδιαθέτου κληρονόμοῦντες τὰ ἐν τῇ ἀτελεῖ διαθήκῃ φυλάξωσι, τότε καὶ ληγάτα ἀποδιδόναι καταναγκάζονται, ἐπειδὴ γὰρ εἰς τ' ἄλλα τὴν διαθήκην οὐκ ἀθετοῦσιν οὐ δύνανται οὐδὲ τοῖς ληγάτοις αὐτὴν ἀθετεῖν, nach der von Heimbach recipirten Uebersetzung von Reitz: Imperfectum testamentum non probatur. Sed heredes ab intestato venientes etiam ex testamento imperfecto succedunt, non propter testamentum, sed propter jus naturale eis competens. Quando ergo ab intestato heredes ea quae testamento imperfecto comprehensa sunt servant, tunc et legata reddere coguntur: nam quia in aliis capitibus testamentum non respuunt, neque in legatis illud respuere possunt. Die lateinische Uebersetzung: ex testamento imperfecto succedunt, spricht allerdings einigermaaßen für die Mühlenbruch'sche Ansicht. Allein sie ist bei näherer Betrachtung keineswegs genau zu nennen. Harmenopulos sagt nämlich vielmehr: die Intestaterben succediren nicht aus dieser Urkunde (οὐ διὰ τὴν διαθήκην), sondern wegen dieser Urkunde (ἀπὸ[5]) τῆς ἀτελοῦς etc.)

5) Ἀπὸ bedeutet hier also: wegen. Vgl. Schneider-Passows Handwörterbuch der griechischen Sprache.

kraft ihrer natürlichen Verwandtschaft (διὰ τὸ φυσικῶς etc.), und konnte dies insofern mit Recht sagen, als durch die Urkunde das frühere Testament beseitigt, und so die Intestaterbfolge herbeigeführt wird[6]).

Die in Note 82. erwähnte neue Ansicht von Witte besteht darin, daß die secunda voluntas das frühere Testament über den Haufen stürze, im Uebrigen aber gar nicht, weder als Testament noch als Intestatcodicill gelte. Es soll mithin hier nur ein besonderer Modus ein Testament zu widerrufen vorliegen. Allein Witte ist dabei offenbar durch den Wunsch, die auf S. 241. fg. erwähnten Abweichungen von dem gewöhnlichen Codicillarrechte zu beseitigen, in denselben Fehler wie Mühlenbruch verfallen, daß er nämlich dem Kaiser gerade das Gegentheil von dem unterlegt, was derselbe gesagt hat. Denn Theodosius sagt nicht bloß: das frühere Testament solle durch die secunda voluntas beseitigt werden, sondern: die secunda voluntas soll, nach Beseitigung des früheren Testamentes (infirmato priore testamento) als voluntas ultima intestati gelten („valere"), während Witte gerade umgekehrt die Behauptung aufstellt, daß sie, abgesehen von der Ruption, nicht gelte[7]).

Leipzig 1826. s. v. ἀπὸ S. 167. C. 6. und Matthiäs ausführl. griech. Grammatik 3te Aufl. S. 1330.

6) Indem Harmenopulos zum Schlusse noch bemerkt, daß die Intestaterben, weil sie den Inhalt des Testamentes zu ihren Gunsten geltend machen, auch gezwungen sind, denselben gegen sich gelten zu lassen, und die darin ausgesetzten Vermächtnisse zu zahlen, so hat er damit nur ausdrücklich eine Folgerung ausgesprochen, welche stillschweigend in der Bestimmung liegt, daß die secunda voluntas als Intestatcodicill wirken soll.

7) Witte spricht insbesondere der secunda voluntas den

Sintenis a. a. O. stimmt darin mit Witte überein, daß hier nur ein besonderer Modus, ein Testament zu widerrufen vorliege, indem das frühere Testament rumpirt werde, sobald fünf von den zugezogenen sieben Zeugen eidlich über den Hergang deponirten. Er geht nur darin einen Schritt weiter als Witte, daß er die Urkunde wenigstens dann, wenn sie bereits die Formen eines Codicilles an sich trage, ihrem ganzen Inhalte nach als Intestatcodicill wirken läßt. Sintenis nimmt also in diesem letzteren Falle offenbar eine Conversion ohne Codicillarclausel an. Allein der Kaiser unterscheidet hier nicht eine zweifache imperfecta scriptura, je nachdem sie die Form des Codicilles an sich trägt oder nicht, sondern er redet nur von einer einzigen imperfecta scriptura, deren Aechtheit durch die eidliche Aussage von fünf Zeugen festgestellt wird, und schreibt dieser die Wirkung zu, daß sie infirmato priore testamento non quasi testamentum, sed quasi voluntatem ultimam intestati valere. Der Kaiser spricht hier also überall nicht von einer Urkunde, welche nur rumpirt, aber im Uebrigen als letztwillige Disposition gar nicht gilt; die secunda voluntas soll vielmehr, unter der Voraussetzung der eidlichen Deposition der 5 Zeugen in ihrem vollen Umfange, wie jede andere in gehöriger Form vollzogene voluntas ultima intestati, oder im entgegengesetzten Falle gar nicht wirken. Praktisch wichtig wird das Erstere nicht nur rücksichtlich der in der secunda voluntas an dritte Personen ausgesetzten Vermächtnisse, wie

Character als Codicill ab, weil Erbeinsetzungen in einem Codicille nicht vorgenommen werden könnten und ein Testament ohne Codicillarclausel nicht als Codicill aufrecht erhalten werde. Allein es liegt hier eben ein Ausnahmsfall vor, in welchem kraft Rechtsvorschrift eine Conversion vorgenommen werden soll.

dies auch Harmenopulus a. a. O. ganz richtig anerkannt hat, sondern selbst hinsichtlich der Erbeinsetzung der Intestaterben, insofern der Erblasser die Quoten verschieden von der Intestaterbfolge regulirt hat, oder einer der Intestaterben die Erbschaft ausschlägt, und den ihm in der secunda voluntas ausgesetzten Erbtheil als Universalfideicommiß in Anspruch nimmt. Dadurch erledigt sich denn auch das Bedenken, welches Sintenis darin findet, daß, wenn man die secunda voluntas als Intestatcodicill auffasse, darin nur eine Auflage an die Intestaterben als enthalten gedacht werden, diese aber doch nicht des Inhalts sein könne, die Erbschaft an sich selbst herauszugeben. Die Unerheblichkeit dieses Bedenkens hat übrigens Sintenis selbst dadurch stillschweigend zugegeben, daß er sich durch dasselbe nicht hat abhalten lassen, die secunda voluntas doch für ein Intestatcodicill zu erklären, wenn wenigstens die Form eines Codicilles gewahrt sei.

Pfotenhauer endlich hat sich in dem gleichfalls in Note 82. erwähnten Aufsatze (S. 12. fgg.) zwar auch für den Eintritt der Intestaterbfolge erklärt: allein er will die secunda voluntas doch kein Intestatcodicill nennen. Sie ist ihm vielmehr eine eigenthümliche letzte Willenserklärung, welche mit einem Testamente die meiste Aehnlichkeit habe. Denn der Erblasser habe ein Testament errichten wollen; die Urkunde habe die Kraft ein Testament aufzuheben, und sei die entferntere Veranlassung zu der Universalsuccession der Intestaterben. Allein was nützen diese Aehnlichkeiten, wenn es sich um die Wirkungen handelt, mit welchen die Urkunde ins Leben tritt? Die vis rumpendi ist allerdings eine den Codicillen nicht innewohnende Wirkung[8]; allein in allen übrigen Be-

8) Vgl. darüber die Bemerkungen auf S. 246. fgg.

ziehungen wirkt sie für die nunmehr eintretende Intestaterbfolge, wie ein in der gehörigen Form errichtetes und vom Erblasser als solches beabsichtigtes Intestatcodicill, oder wie der Kaiser sagt: sie gilt (valet) in der Eigenschaft (quasi) als voluntas ultima intestati.

B. Außerdem sind folgende Ausnahmsfälle, aber mit Unrecht aufgestellt worden

1) Bei dem testamentum militare 9). Als die Hauptbeweisstelle wird überall die auf S. 200. fgg. erklärte L. 3. D. *de testam. milit.* angeführt. Allein dieselbe bietet nicht einmal eine treffende Analogie dar. Denn es handelt sich in derselben nur um die Aufrechterhaltung des Testamentes eines Soldaten in der Eigenschaft als Testament, nicht aber um die Conversion eines Testamentes in ein Codicill 10). Mit weit mehr Schein könnte man sich dagegen auf andere Rechtssätze berufen,

9) Menochius de praesumt. Lib. 4. Praes. 31. nr. 16. Lauterbach Collegium theor. pract. *h. t.* §. 17. Schöpfer Synopsis jur. rom. *h. t.* nr. 13. Carpzov Jurispr. For. P. II. Const. 4. Def. 38. nr. 10. a. 11. (vgl. oben S. 237. Note 81.) Richter Decisiones 63. nr. 14. Voet Comment. ad Pand. *h. t.* nr. 7. Gmelin in der Ausgabe von Hofacker principia juris civilis T. II. §. 1574. not. Thibaut System des Pandektenrechts §. 935. Mackeldey Lehrbuch des heut. röm. Rechts §. 703. Note b. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 116. not. n. §. 125. not. ee. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's römischen Privatrecht 5ter Th. §. 932. S. 385. Note 2. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des röm. Civilrechts 2ter Th. 1ste Abth. S. 803. zu Fr. 1.

10) Ueber den die Codicillarclausel betreffenden Theil der Stelle vgl. §. 1512. a. S. 412 fgg.

nämlich darauf, daß wenn ein Soldat seinem Hauskinde über die Jahre der Pubertät hinaus direct substituirt, und das Hauskind später als pubes verstirbt, die directe Substitution stillschweigend als Universalfideicommiß rücksichtlich des auf den Pupillen übergegangenen väterlichen Vermögens behandelt wird [11]), während ein paganus dies nur durch die Codicillarclausel bewirken konnte [12]), so wie darauf, daß eine von einem Soldaten für sein emancipirtes Kind angeordnete Pupillarsubstitution als Universalfideicommiß, innerhalb der eben erwähnten Schranke, aufrecht erhalten wird [13]). Allein auch diese Stellen können nicht zur Analogie benutzt werden. Denn in ihnen handelt es sich um Verbesserung eines Fehlers in der Formel, welche nach dem muthmaaßlichen Willen des Soldaten hinsichtlich einer Bestimmung, die so, wie sie der Soldat angeordnet hat, gar nicht realisirt werden kann, vorgenommen wird. Wir haben es aber hier mit einem Falle zu thun, wo feststeht, daß der Soldat ein Testament hat errichten wollen, und mit letzterem, ohne irgend einen Anhaltspunkt, eine Conversion vorgenommen werden soll. Es würde dies eine vollständige Ergänzung des Willens des Soldaten sein. Dazu sind wir aber durch kein Gesetz ermächtigt. Wir wissen im Gegentheil, daß bei der s. g. **substitutio vulgaris** und **pupillaris tacita** eine solche Ergänzung beim Testamente eines

11) L. 15. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.) L. 8. C. *de impub. substit.* (VI. 26.) Vgl. Mühlenbruch im 40sten Th. des Commentars §. 1447. S. 287—289. §. 1451. S. 382. Note 18., und im 42sten Th. §. 1477. S. 108.

12) L. 5. C. *de fideicommissis* (VI. 42.)

13) L. 28. L. 41. §. 4. D. *de test. milit.* (XXIX. 1.) Siehe den 42sten Th. des Commentars §. 1477. S. 109—112.

Soldaten nicht vorgenommen wurde[14]), während sie beim Testamente eines paganus Statt fand[15]), und müssen daher diese Ausnahme verwerfen[16]).

2. Bei dem testamentum ad pias causas[17]). Eine sich auf diesen Fall speciell beziehende Beweisstelle wird nirgends angeführt. Man macht nur im Allgemeinen den favor piarum causarum, die Analogie des testamentum parentum inter liberos und militare, so wie der bei Nr. 3. und 4. zu erklärenden L. 38. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.) geltend. Allein alle diese Gründe und Analogien sind begreiflicherweise nicht im Stande, die Ausdehnung eines jus singulare zu rechtfertigen.

3. In favorem libertatis[18]). Bei diesem und dem

14) L. 6. C. *de testam. milit.* (VII. 21.) L. 8. C. *de de impub. subst.* (VI. 26.)

15) L. 4. pr. §. 1. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.) L. 4. C. *de impub. subst.* (VI. 26.)

16) Von den neueren Juristen haben sie nur Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1ster Th. S. 60. und Böcking Grundriß zu Vorlesungen über das gemeine Erbrecht (Bonn 1848.) §. 136. Nr. 3. ausdrücklich verworfen, während Andere wie z. B. v. Vangerow §. 527. Anm. 1. sie mit Stillschweigen übergehen und dadurch verwerfen.

17) Mantica de conject. ult. volunt. Lib. I. Tit. 9. nr. 6. Menochius de praesumtionibus Lib. IV. Praes 31. nr. 18. Lauterbach Collegium Theor. pract. *h. t.* §. 17. Carpzov Jurispr. For. P. II. Const. 4. Def. 38. nr. 10. und 11. Schoepfer Synopsis juris romani *h. t.* nr. 13.

18) Menochius l. c. nr. 17. Thibaut System des Pandektenrechts §. 935. v. Vangerow Leitfaden 2ter Th. §. 527. S. 456. v. Hölzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts 2ter Th. 1ste Abth. S. 803. zu Fr. 1.

folgenden Ausnahmsfalle darf man zuvörderst nicht übersehen, daß, wenn hier von der stillschweigenden Codicillarclausel geredet wird, dadurch nur die Aufrechterhaltung gewisser Bestimmungen des Testamentes herbeigeführt werden soll[19]. Diese Ausnahme wird auf folgendes Fragment aus PAULUS L. 3. decretorum[20] gestützt:

> In testamento, quod perfectum non erat, alumnae suae libertatem et fideicommissa dedit. Quum omnia ut ab intestato egissent, quaesiit imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset? Et interlocutus est: etiamsi nihil ab intestato pater petiisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. Pronuntiavit igitur: recte eam manumissam et ideo fideicommissa etiam ei praestanda.

Allein diese Stelle kann offenbar aus dem favor libertatis nicht erklärt werden, weil der Kaiser nicht bloß die Freiheit, sondern auch die Fideicommisse an die alumna für gültig erklärt. Entschiede hier der favor libertatis, so müßte die Freiheit, wegen dieses favor für gültig, dagegen die mit der Freiheit nicht auf gleicher Stufe stehenden Fideicommisse für nichtig erklärt werden. Außerdem wissen wir, daß auch Freilassungen, wegen Mangel der Codicillarclausel, eintretenden Falls eben so gut hinfällig wurden, als die übrigen Bestimmungen des Testamentes[21]. A. Faber[22] hat sich freilich die Sache

19) Ueber die in solchem Maaße beschränkte Wirkung der wirklich hinzugefügten Codicillarclausel vgl. §. 1515. hinter Note 67.

20) L. 38. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

21) L. 11. C. *de manum. test.*, abgedruckt auf S. 198.

22) Error. Pragmat. Dec. XXXV. Err. 7. nr. 10.

dadurch sehr leicht gemacht, daß er den Schlußsatz: et ideo fideicommissa etiam ei praestanda als unächt streicht, oder die Worte et ideo in sed non, ut non oder nec zu verwandeln vorschlägt. Allein mit solcher Conjecturalcritik wären wir für immer der reinsten Willkühr Preis gegeben. Andere Schriftsteller haben daher auch auf die obige Stelle eine ganz andere Ausnahme gegründet. Sie nehmen nämlich eine stillschweigende Codicillarclausel an.

4. In favorem geliebter Personen[23]). Dies wäre eine praktisch sehr wichtige Ausnahme. Allein wir finden davon sonst nirgends eine Spur, und wissen aus L. 1. C. Th. *fam. herc.* (S. 229. fgg.), daß die Codicillarclausel bis auf Constantin nicht einmal bei dem testamentum parentum inter liberos zu Gunsten der vom Erblasser doch am meisten geliebten Kinder subintelligirt wurde. Ist daher eine andere Erklärung möglich, durch welche die Stelle mit dem jus commune in Uebereinstimmung zu bringen wäre, so würde diese unbedingt vorzuziehen sein. Eine solche bietet sich uns aber ungezwungen, wie schon die Glosse[24]) angedeutet und andere Schriftsteller[25]) bemerkt haben, durch den in der mittleren Kaiserzeit aufgekommenen Rechtssatz dar, daß die freiwillige Anerkennung nichtiger letztwilliger Auflagen den Mangel der Form ersetzt, und eine Klage auf Er-

23) Mantica de conject. ultim. volunt. Lib. I. Tit. 9. nr. 8. Menochius de praesumtionibus l. c. nr. 17. Meier Colleg. Argent. h. t. Th. 10. Richter Decis. 63. nr. 15. und 16.

24) Gl. *debuisse* ad L. 38. cit.

25) *Claud.* Chifletius de jure fideic. L. III. Cap. 3. (in Otto Thesaur. T. V. p. 822.) Amaya Obs. jur. Lib. III. Cap. 7. nr. 13. (in Opp. Lugd. 1667. p. 623.), welcher freilich auch den favor libertatis und die besondere Zuneigung einmischt.

füllung bewirkt[26]). Die Söhne des Erblassers hatten nämlich nach der **species facti** alle Bestimmungen des Testamentes, trotz der ihnen bekannten Nichtigkeit desselben, wie wenn sie in einem Intestatcodicille dazu aufgefordert gewesen wären[27]), erfüllt. Nur mit der **alumna** waren sie in Streit gerathen, und weigerten sich jetzt, nachdem sie dieselbe freigelassen hatten, ihr auch die Fideicommisse auszuzahlen. Um nun die Entscheidung vorzubereiten, fragt der Kaiser zuerst: **an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset**, d. h. ob die Söhne die **alumna** freigelassen hätten, um das nichtige Fideicommiß, also den letzten Willen ihres Vaters zu erfüllen, oder aus sonstigen Motiven? Die Antwort lautet: die Söhne hätten eine Pietätspflicht erfüllt. Dies faßt nun der Kaiser als den Anfang der Erfüllung **resp.** als die Anerkennung der letztwilligen väterlichen Liberalität gegen die **alumna** auf, indem er Freiheit und Fideicommisse insofern als ein Ganzes behandeln konnte, als die Freiheit ja die Vorbedingung des Fideicommisses war. Gerade deshalb fieng er nun seine definitive Entscheidung mit den Worten: **recte eam manumissam**[28]) an, und

26) L. 1. C. *de fideic.* (VI. 42.) L. 16. §. 1. C. *de testam.* (VI. 23.)

27) Die Worte: **quum omnia ut ab intestato egissent** sind nach den Regeln der Grammatik so zu ergänzen: **quum omnia ut ab intestato agenda egissent. Azo** in der Gl. *Omnia* ad h. l. versteht unter den **omnia** ganz richtig alles **quae continebantur in testamento.**

28) Pothier in Pand. Just. ad h. l. in Tit. de leg. Sect. II. Art. II. §. XIX. i. f. meint, die Freilassung der **alumna** habe erst vom Kaiser bestätigt werden müssen, weil die Erben noch nicht 20 Jahre alt, und daher nach der **lex Aelia Sentia** zur Freilassung nicht

schließt: et ideo (d. h. weil in der Manumission der Anfang der Erfüllung liegt) fideicommissa etiam ei praestanda. So haben wir denn hier gerade eine der ersten Spuren des oben erwähnten durch Einwirkung kaiserlicher Entscheidungen aufgekommenen wichtigen Rechtssatzes vor uns.

Die dritte Classe der Schriftsteller endlich hat alle Ausnahmsfälle in Abrede gestellt[29]). Dies beruht indessen bei den Meisten auf dem Irrthume, daß bei den privilegirten Testamenten die Annahme der stillschweigenden Ergänzung der Codicillarclausel unnütz sei, indem die Form der privilegirten Testamente und Codicille identisch sei und die Codicillarclausel daher hier einen Mangel der Form nicht ersetzen könne. Allein die Codicillarclausel hat nicht bloß diese eine Function, sondern wirkt auch, wenn das Testament aus anderen Gründen hinfällig ist[30]). Für diese anderen Fälle ist mithin der Grundsatz von der kraft Rechtsvorschrift eintretenden Conversion von großer Wichtigkeit[31]).

Von einem ganz anderen Standpunkte aus hat A. Faber[32]) seinen Angriff gegen die Annahme einer clausula codicillaris subintellecta beim testamentum paren-

befugt gewesen seien. Vgl. §. 1511. c. S. 271. Allein wie hätte Paulus diesen Umstand verschweigen können?

29) *Claud.* CHIFLETIUS l. c. Cap. 2. und 3. GIPHANIUS Explanatio legum difficiliorum Codicis ad L. ult. C. *h. t.* (Tom. II. p. 133 — 135.) HILLIGER in DONELLO enucleato Lib. 7. Cap. 18. Lit. B. STRYK Disp. cit. §. 61—67. WERNHER Observationes forenses P. I. Obs. 279. nr. 7 — 11. HOFACKER principia juris T. *II.* §. 1574.

30) Siehe §. 1516.

31) Ein Beispiel ist auf S. 235. in Note 78. bereits angeführt.

32) Errores Pragmaticorum Dec. XXXVI. Err. 1.

tum inter liberos gerichtet. Er geht nämlich davon aus, daß die subintelligirte nicht mehr wirken könne, als die ausdrücklich erklärte Codicillarclausel. Die letztere an und für sich würde aber das testamentum parentum inter liberos doch nicht in ein Codicill verwandeln können, weil es an der gewöhnlichen Codicillarform mangle. Die Verwandlung gehe deshalb nicht durch die Fiction des Hinzudenkens der Codicillarclausel, sondern kraft eines besonderen singulären Rechtssatzes vor sich. In diesem Angriffe liegt Irrthum und Wahrheit gemischt. A. Faber übersieht bei diesem Räsonnement die Existenz des privilegirten Codicills der Eltern unter Kindern[33]; er hat aber darin Recht, daß wir Fictionen nicht ohne Noth anzunehmen haben. Dazu kommt noch, daß wir, wenn man die betreffende Frage so ausdrückt: wird das Testament in gewissen Fällen kraft Rechtsvorschrift als Codicill aufrecht erhalten? den Vortheil erreichen, die zwei unter **A** erörterten Ausnahmsfälle unter einen einzigen Gattungsbegriff bringen zu können. Denn das s. g. testamentum posterius imperfectum läßt sich vom Standpunkte der stillschweigenden Ergänzung der Codicillarclausel aus nicht rechtfertigen. Wenn wir nämlich die **L. 21. §. 5. (al. 3) C.** *de testam.* (S. 239.) nicht besäßen, und der Erblasser in einem solchen Falle, wie er der erwähnten Constitution zu Grunde liegt, ausdrücklich die Codicillarclausel hinzugefügt hätte, so würde dies ohne Wirkung sein, weil die sonst vorgeschriebene Codicillarform nicht gewahrt ist. Das Testament wird also ganz ausschließlich nur durch die singuläre Vorschrift des Kaisers Theodosius aufrecht erhalten. In beiden Ausnahmsfällen liegt aber gemeinsam eine kraft Rechtsvorschrift eintretende Conversion des Testamentes vor.

33) Siehe §. 1513. e. S. 72—90.

§. 1515.

Wirkungen der Codicillarclausel. — Das durch **L. 8. pr. C.** *h. t.* eingeführte Wahlrecht[34]).

Die Wirkung der zur Realisirung kommenden Codicillarclausel besteht, wie bereits in §. 1514. S. 191. vorläufig angedeutet wurde, darin, daß das betreffende Testament als Codicill aufrecht erhalten, d. h. daß jede einzelne darin enthaltene Verfügung so beurtheilt wird, wie wenn der Erblasser sie gleich von Anfang an in einem Codicille und in der für Codicille allein zulässigen und möglichen Form angeordnet hätte[35]). Die directen Erbeinsetzungen, sowohl die Institutionen als auch nöthigenfalls die Substitutionen, werden daher in Universalfideicommisse, die Legate in Singularfideicommisse, die directae libertates in libertates fideicommissariae[36]),

34) Hinsichtlich der Vertheilung des Stoffes in den §§. 1515. und 1516. habe ich nothgedrungen von der sehr verwirrten Anordnung Hellfelds abweichen müssen. Die Hauptmonographie über den Inhalt beider Paragraphen ist: *Fabius* Turretus (*Perusinus*) Tractatus de codicillaris clausulae effectibus et defectibus. Colon. Agripp. 1596.

35) Die nicht seltene Behauptung, daß die Codicillarclausel die Mängel des Testamentes heile (vitia testamenti sanare) ist im Ausdrucke verfehlt, weil das Testament als solches nichtig bleibt, indem keine Convalescenz sondern Conversion eintritt.

36) Die im Texte hervorgehobenen drei Punkte werden direct durch L. 12. §. 1. D. *de injusto rupto* (abgedruckt auf S. 266. fg.) und L. 19. §. 1. D. *de testam. milit.* bewiesen. — Ueber die Umwandlung der Erbeinsetzungen vgl. noch L. 2. §. 4. D. *h. t.* L. 1. C. *h. t.* (beide abgedruckt in §. 1511. S. 106. fgg.) L.

die s. g. **tutelae testamentariae perfectae** in **imperfectae** und der **ipso jure** wirkende Widerruf in einen **ope exceptionis** wirkenden verwandelt[37]. Die Fideicommisse und die sonstigen letztwilligen vormundschaftlichen Anordnungen dagegen bekommen freilich keinen neuen juristischen Character[38]; allein sie sind doch insofern dem Einflusse der Codicillarclausel unterworfen, als sie ohne dieselbe nicht realisirt worden wären. Als Onerirte hinsichtlich aller eben erwähnten vermögensrechtlichen Verfügungen gelten natürlich nunmehr die jetzt zur directen Erbfolge gelangenden Personen, mit den Vorrechten und Beschränkungen, welche im Laufe der Zeit rücksichtlich der Universalfideicommisse aufgekommen waren.

Diese Aufrechterhaltung des Testamentes in der Gestalt eines Codicilles muß sich natürlich auch auf diejenigen letztwilligen Dispositionen erstrecken, welche an und für sich selbstständig sind, aber doch als **pars testamenti** behandelt werden[39]. Dahin gehören die zu dem betref-

88. §. ult. D. *de leg. II.* (§. 1514. S. 202.) L. 8. pr. C. *h. t.* (unten hinter Note 74. abgedruckt.) — Ueber die Umwandlung der Legate vgl. die Bemerkung hinter Note 52.

37) Diese beiden zuletzt hervorgehobenen Punkte ergeben sich aus der Consequenz der in §. 1511. b. S. 206—208. erörterten Rechtssätze.

38) Denn wo sie kraft der Codicillarclausel realisirt werden, behalten sie doch immer ihre Eigenschaft als Fideicommisse u. s. w. bei. Man könnte nur insofern auch bei ihnen von einer Umwandlung sprechen, als möglicherweise ein testamentarisches Fideicommiß in ein Intestatfideicommiß umgewandelt wird. Allein das Vermächtniß bleibt doch Fideicommiß, und nur der Onerirte ändert sich.

39) Vgl. darüber L. 16. D. *h. t.* (§. 1511. a. S. 156. fgg.)

fenden Testamente errichteten testamentarischen bestätigten wie unbestätigten Codicille, so wie die Pupillartestamente. Rücksichtlich dieser letzteren darf man freilich nicht übersehen, daß sie sich in ihrer Umwandlung, weil nun die Grundsätze der Fideicommisse zur Anwendung kommen, nicht mehr auf das eigene Vermögen des Pupillen beziehen können; allein soweit väterliches Vermögen auf den Pupillen selbst, als Intestat- oder testamentarischen Erben seines Vaters übergegangen ist, soweit kann er oder sein Erbe auch mit einem Fideicommisse, nach Abzug des Pflichttheils, belastet werden [40]).

Hiernach bringt also die Codicillarclausel an und für sich betrachtet überall keine civilrechtliche Wirkung hervor [41]); hinsichtlich der vermögensrechtlichen Verfügungen äußert sie vielmehr nur fideicommissarische [42]),

L. 11. D. *testamenta quemadmodum aperiantur* S. 112. und die Ausführungen in §. 1513. f. S. 110—114.

40) Mit dieser Beschränkung kann man allerdings von einem Pupillar-Intestatcodicille reden. Vgl. die Erörterungen in §. 1511. d. S. 311—319.

41) Anders muß es sich natürlich verhalten, wenn die Codicillarclausel zugleich auch den Character der confirmatorischen Clausel an sich trägt. Vgl. darüber die Bemerkungen im Texte hinter Note 52.

42) Wenn Mühlenbruch Lehrbuch der Pandekten §. 785. Note 1. a. E. die Bemerkung hinzufügt, daß es von einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente heiße, es habe fideicommissorum verba, und sich auf L. 29. pr. D. *qui testam. facere* und L. 11. §. 1. D. *de leg. III.* (beide in §. 1514. S. 200. abgedruckt) beruft, so ist dies nicht begründet. Denn die erste Stelle bezieht sich offenbar nur auf die im Testamente selbst niedergeschriebenen Fideicommisse, und

und hinsichtlich der vormundschaftlichen Anordnungen diejenige Wirkung, welche mit unvollkommenen vormundschaftlichen Dispositionen verknüpft ist.

Wenn nun der Erblasser nur ein einziges Testament, aber mit der Codicillarclausel errichtet hat, oder wenn er einen derartigen Testamentsact vornimmt, nachdem ein früher von ihm errichtetes Testament bereits unwirksam geworden ist, so kann die Codicillarclausel ihre Wirksamkeit natürlich nur auf die Intestaterbfolge erstrecken; das Testament wird daher durch die Codicillarclausel in ein Intestatcodicill verwandelt. Weil dies der in der Praxis am häufigsten vorkommende Fall ist, so nehmen die Gesetze hin und wieder auch nur allein auf ihn Bezug[43]). Allein wir dürfen dennoch diese Wirkung nicht für die ausschließliche halten, wie dies freilich bei der Begriffsbestimmung der Codicillarclausel häufig genug geschieht[44]). Denn es ist in denjenigen Fällen, wo der Erblasser zwei Testamente errichtet hat, sehr wohl möglich, daß das eine dieser Testamente, kraft der Codicil-

die zweite Stelle hat augenscheinlich nur solche Fälle im Auge, wie in den Note 36. citirten Stellen, wo der Erblasser ausdrücklich die Worte gebraucht hatte, daß er die Geltung des Testaments der fides seiner Erben anheimstelle.

43) Siehe z. B. L. 8. §. 1. C. *h. t.* (S. 199. und daselbst Note 88.)

44) Vgl. z. B. Thibaut System des Pandektenrechts §. 937. hinter Note o. Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 703. not. b. Bruno Schilling Pandektenrecht (Berlin 1844.) §. 569. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen S. 58. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Th. S. 436. v. Scheurl Institutionen des röm. Rechts §. 205 a. E.

larclausel, als testamentarisches Codicill neben dem andern aufrecht erhalten wird. Es sind in dieser Beziehung folgende Fälle denkbar:

A. Fälle, wo die Codicillarclausel sich auf das Testament selbst, welchem sie hinzugefügt ist, bezieht.

1. Wenn von den zwei Testamenten das erste gültig, das zweite aber nichtig errichtet ist, so findet bekanntlich keine Ruption des ersten Testamentes Statt[45]). Dasselbe tritt vielmehr in seiner Eigenschaft als Testament ins Leben. Wenn nun in diesem Falle das zweite nichtige[46]) Testament die Codicillarclausel enthält, und alle Erfordernisse eines Codicilles an sich trägt, so muß es neben dem ersten Testamente als testamentarisches Codicill ins Leben treten[47]).

2. Wenn aber umgekehrt von den zwei Testamenten nur das zweite gültig errichtet ist, so muß das erstere nichtig errichtete, wenn es auf gehörige Weise mit der Codicillarclausel versehen war, doch als testamentarisches Codicill neben dem zweiten realisirt werden.

45) §. 7. (al §. 6.) J. *quib. mod. testam. infirm.* (II. 17.) L. 2. D. *de injusto rupto* (XXVIII. 3.) L. 27. C. *de testamentis* (VI. 23.) L. 22. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4.) — Durch dieses zweite testamentum imperfectum werden nach L. 18. D. *de leg. III.* nicht einmal die einzelnen Vermächtnisse in dem ersten Testamente auf dem Wege der exceptio beseitigt, obgleich der Widerruf derselben an keine Form gebunden war (§. 1513. g. S. 148.)

46) War das zweite Testament gültig errichtet, so tritt das erste, mit der Codicillarclausel versehene Testament weder als solches noch als Codicill ins Leben. Siehe §. 1516. hinter Note 34.

47) Wenn das erste Testament die confirmatorische Clausel enthielt, so gilt das zweite Testament sogar als bestätigtes Codicill.

Vom Momente seiner Errichtung an konnte nämlich dieses erste nichtige Testament nur als Intestatcodicill in Betracht kommen. Mit der späteren Errichtung eines gültigen Testamentes verwandeln sich aber die Intestatcodicille stillschweigend in testamentarische Codicille, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers auf gehörige Weise an den Tag gelegt ist (§. 1511. a. S. 168—194.; §. 1513. f. S. 138. fgg.). So gilt daher das zweite Testament als solches, und das erstere kraft der darin enthaltenen Codicillarclausel als testamentarisches Codicill.

3. Wenn endlich beide Testamente gültig errichtet sind, der Erblasser aber in dem ersten ausdrücklich erklärt hat, daß dasselbe als testamentarisches Codicill bestehen bleiben solle, wenn er später ein zweites Testament errichten werde, so können wir diese Clausel nicht durch das zweite Testament für rumpirt erklären, da hier gerade der Fall eingetreten ist, für welchen der Erblasser durch eine in gehöriger Form abgegebene Erklärung ausdrücklich Vorsorge getroffen hat, und da wir aus ähnlichen Beispielen wissen, daß solche im Voraus angekündigte Bestimmungen als Norm befolgt werden müssen[48]).

B. Fälle, wo die in dem einem Testamente befindliche Codicillarclausel sich auf das andere Testament bezieht.

1. Das zweite Testament enthält die Codicillarclausel in Bezug auf das erste Testament. In diesem Falle, welcher mehrfach in den Quellen berücksichtigt wird[49]), gestalten sich die Rechtsverhältnisse folgender-

48) L. 12. §. 3. D. *de leg. I.* L. 22. pr. D. *de leg. III.* Vgl. dazu Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1428. S. 173—188., insbesondere S. 175. Note 35. und S. 181.

49) L. 12. §. 1. D. *de injusto rupto* (abgedruckt bei

maaßen. Das erste Testament wird durch das zweite rumpirt; die testamentarische Erbschaft wird daher aus diesem zweitem Testamente eröffnet, das erste Testament verwandelt sich aber im Momente dieser Ruption in ein testamentarisches Codicill. Denn die hierauf bezügliche in das zweite Testament aufgenommene Erklärung läßt, da sie unter dem Schutze der Formalitäten des Testamentes steht, hinsichtlich der Form nichts zu wünschen übrig. Ulpian konnte sich daher in **Lib. IV. Disput.** mit Recht folgendermaaßen äußern[50]):

> **Si paganus[51]), qui habebat jam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est: quo rupto potest quaeri: an vice codicillorum[52]) id valere debeat? Et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fidei-**

Note 50) L. 19. pr. §. 1. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) L. 29. D. *ad S. C. Trebell.* (abgedruckt auf S. 268.) §. 3. J. *quib. mod. testam.* (II. 17.)

50) L. 12. §. 1. D. *de injusto rupto* (XXVIII. 3.)

51) Was Ulpian hier vom paganus lehrt, bringt er in L. 19. pr. §. 1. D. *de testam. mil.* (XXIX. 1.) auch auf das testamentum militis zur Anwendung.

52) Ulpian hat bei dieser Frage offenbar nur die vermögensrechtlichen Bestimmungen des Erblassers im Auge, weil der Erblasser gerade nur diese der fides seiner Erben anvertrauen konnte, während die Realisirung der vormundschaftlichen Anordnungen von der fides der Erben nicht abhing und abhängig gemacht werden konnte.

commissa, sed et libertates et heredis institutio.

Trotz dieser ausdrücklichen Erklärung kann das erste Testament aber doch nicht als ein bestätigtes Codicill betrachtet werden. Denn in dem letztern Falle müßten die darin ausgesetzten Legate als solche aufrecht erhalten worden sein, während Ulpian in unserer Stelle doch nur eine Verwandlung derselben in Singularfideicommisse annimmt. Der Grund hiervon liegt einfach darin, daß die technische confirmatio in directe Worte eingekleidet werden mußte (§. 1511. b. S. 213.) Im vorliegenden Falle aber hatte der Erblasser nur Fideicommißworte gebraucht. Hätte er sich directer Worte bedient, so würde seine Erklärung den doppelten Character der Codicillar- und der confirmatorischen Clausel an sich tragen.

Die Erklärung, daß das erste rumpirte Testament als testamentarisches Codicill neben dem zweiten Testamente fortbestehen soll, braucht indessen, nach den in §. 1514. S. 201. fgg. entwickelten Grundsätzen nicht ausdrücklich abgelegt zu werden. Es genügt jede stillschweigende d. h. auf concludenten Thatsachen beruhende Erklärung, insofern sie nur in die gehörige Form eingekleidet ist. Als eine solche stillschweigende Erklärung enthaltend wird namentlich von Marcian der Fall gedeutet, wo in dem zweiten Testamente nur ein heres ex re certa eingesetzt war. Das erste Testament wird dadurch allerdings rumpirt, und der heres ex re certa alleiniger Universalsuccessor. Allein Marcian konnte in diesem Falle gewiß mit Recht bis zum Beweise des Gegentheils, annehmen, daß der Erblasser den heres ex re certa auf seine res certa beschränken, im Uebrigen aber seinen Nachlaß den in dem ersten Testamente ernannten Erben nach dem darin festgesetzten Maaßstabe habe zuwenden wollen. Juristisch wird dies dann so realisirt, daß der heres ex

re certa den Nachlaß an die im ersten Testamente eingesetzten Erben als Universalfideicommiß herauszugeben hat, und nur berechtigt ist, die res certa, oder nöthigenfalls was ihm an der Quart fehlt, für sich zurückzubehalten. Dies ist der Sinn des folgenden aus dem 4ten Buche der Institutionen entlehnten Fragmentes von Marcian[53]:

> Si quis priore testamento posterius fecerit testamentum, etiam si ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cujus constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt. *Imperatores Severus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet.* Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.

53) L. 29. D. *ad S. C. Trebellianum* (XXXVI. 1.) Vgl. über diese Stelle, welche auch als §. 3. J. *quib. mod. test.* (II. 17.), wenn gleich mit einigen Aenderungen, recipirt ist, Mühlenbruch im 38sten Th. des Commentars §. 1431. S. 472—474.

In dem hier erwähnten kaiserlichen Rescripte war ein Fall, wo der Erblasser an den in dem zweiten Testamente ernannten heres ex re certa die Bitte gerichtet hatte, ut priores tabulae valerent[54]), dahin entschieden, daß der heres ex re certa „contentus rebus sibi datis . . hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant." Den von Marcian hinzugefügten Schlußworten: Et hoc ita u. s. w. kann man nun allerdings, nach der von mir[55]) auch früher beiläufig gebilligten Ansicht Mühlenbruchs a. a. O. den Sinn unterlegen, daß jedenfalls die besondere Bestimmung des Testirers in Ansehung des den ersten Erben zu restituirenden Objects berücksichtigt werden müssen. Allein dieser Schlußsatz gewinnt eine viel tiefere Bedeutung, wenn man das Verbum intelligendum est im Gegensatze zu dem voraufgehenden expressum est auffaßt, und demgemäß daraus den Rechtssatz ableitet: daß in einem Falle der fraglichen Art die Bitte ut valeret prius testamentum, auch ohne ausgedrückt zu sein, stillschweigend verstanden werde[56]), wenn nicht aus sonstigen Aeußerungen

54) Gerade so kommt diese Bitte in L. 12. §. 1. D. *de injusto rupto* (S. 266 fg.) und L. 19. pr. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) vor.

55) Siehe §. 1511. a. S. 177. Note 58.

56) Grammatisch ist diese Erklärung so gut möglich wie die Mühlenbruch'sche. Wir haben dann den Satz et hoc etc. so zu ergänzen: et hoc (sc. ut valeret prius testamentum) ita (quamvis non sit expressum) intelligendum est etc., indem intelligere öfters im Gegensatz zu exprimere oder dicere gebraucht wird. Vgl. z. B. Ingerlev lateinisches Schul-Wörterbuch. Braunschweig 1853. s. v. intelligere, wo zuletzt als Beispiel angeführt ist: „ea quae non dicunt sed intelligi volunt verstanden wissen wollen."

oder Verfügungen des Erblassers eine entgegengesetzte Ansicht desselben hervorgehe. Denn die Umstände des in Frage stehenden Falles rechtfertigen vollständig eine solche Annahme, welche sich als die im Zweifel Platz greifende Interpretation der voluntatis quaestio darstellt.

Diesen Rechtssatz habe ich jetzt auch bei Neuner[57]) ausgesprochen gefunden. Allein seine Erklärung der obigen Stelle weicht nicht unbedeutend von der diesseits vorgeschlagenen ab. Neuner nimmt nämlich gegen die Auctorität des Theophilus[58]) und der Basiliken[59]) und gegen die Auffassung aller bisherigen Interpreten dieser Stelle an, daß in dem von den Kaisern entschiedenen Falle die Bitte, ut valeret prius testamentum, in dem zweiten Testamente gar nicht gestanden habe, daß darin vielmehr nur eine einfache heredis institutio ex certa re enthalten gewesen sei. Die Kaiser hätten aber in der Beschränkung auf die certa res ein stillschweigendes Universalfideicommiß zu Gunsten der in dem ersten Testamente eingesetzten Erben erblickt, und die Worte propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est seien daher einfach so wiederzugeben: „weil die Beschränkung des Eingesetzten auf res certae (in dem vorliegenden Falle) als verba fideicommissaria enthaltend aufzufassen ist, durch welche der Testator (stillschweigends) ausgedrückt hat, sein früheres Testament solle (im Uebrigen) fortbestehen." Allein diese Erklärung wird nicht bloß Jedem, welcher die obigen Worte unbefangen durchliest, im höchsten Grade gezwungen erscheinen, sondern sie stellt sich auch, bei genauerer Erwägung der Worte geradezu als gram-

57) Die heredis institutio ex re certa. Gießen 1853. S. 73. fgg.

58) Paraphrasis Institutionum ad §. 3. J. cit.

59) Lib. XXXV. Tit. 11. Const. 29.

matisch unmöglich dar. Denn die Erbeinsetzungsformel heres esto ex fundo Corneliano u. s. w. besteht nur aus verbis directis, imperativis oder civilibus[60]). Wenn ich dennoch daraus mit Neuner ein-stillschweigendes Fideicommiß ableite, so geschieht dies nicht, weil hier verba fideicommissaria gebraucht sind, sondern weil Fideicommisse formlos waren, und daher nicht bloß durch verba fideicommissaria[61]) wie z. B. fidei committo, peto, volo u. s. w., sondern auch nutu[62]), und durch verba directa[63]) hinterlassen werden konnten, insofern nur daneben die voluntas, ein Fideicommiß anzuordnen, aus äußeren Thatsachen sich nachweisen ließ. In dem vorliegenden Falle haben wir nun aber gerade an der mit den verbis directis verbundenen Beschränkung auf die certa res, in Verbindung mit dem Umstande, daß der Erblasser früher ohne solche Beschränkung testamentarisch verfügt hatte, die äußeren Anhaltspunkte, um daraus auf die Absicht eines Fideicommisses schließen zu können. — Gegen die herrschende Auffassung des Rescriptes wendet Neuner S. 79. namentlich ein, daß dann der Entscheidungsgrund des Kaisers hätte lauten müssen: „weil der Testator beigefügt hat, sein früheres Testament solle fortgelten, in welcher Erklärung verba fideicommissaria mit der Wirkung, daß das frühere Te-

60) Vgl. Cujacii Observat. Lib. XI. Cap. 25. (Verba directa et precaria).

61) In Ulpiani Fragmenta Tit. XXV. §. 2. heißt es: Verba fideicommissorum in usu fere haec sunt: fideicommitto, peto, volo dari et similia. Vgl. damit Pauli Sententiae receptae Lib. IV. Tit. 1. §. 6.

62) Ulpiani Fragmenta Tit. XXV. §. 3. L. 21. pr. D. *de leg. III.*

63) Vgl. Cap. 1. *de testam.* in VIto. (III. 11.)

stament des (lies: als) Codicill bestehen bleibt, zu erkennen sind, so soll" u. s. w. Neuner hätte Recht, wenn der Testator bloß gesagt hätte: **Tabulae meae priores valeant** oder dergleichen. Allein wir müssen den Fall offenbar nach den Worten des Rescriptes construiren, und wenn wir demnach gerade wie in den Note 54. citirten beiden Beweisstellen die Formel: **fidei heredum meorum committo, ut priores tabulae valeant** zu Grunde legen, so hat Neuner vollkommen Unrecht. Wo möglich noch schwächer ist das zweite Argument (S. 79.), daß Marcian das kaiserliche Rescript vollständig angeführt habe: **quum alia quoque praeterea in hac constitutione expressa sunt**, weil man sonst noch etwas Neues aus dieser Entscheidung lernen könne. Der Rechtssatz, daß das erste Testament in Folge einer ausdrücklichen Erklärung im zweiten Testamente als Codicill in Kraft trete, würde aber gewiß kein neuer Rechtssatz gewesen sein. Allein heißt denn **alia quoque** etwas Neues?[64]) Das Hauptgewicht legt Neuner (S. 83. fgg.) auf den Schlußsatz, welcher sich nach seiner Auffassung als eine Rechtsregel für die Interpretation dar-

64) Neuner scheint von der Voraussetzung auszugehen, daß solche Rescripte, welche in anderen Theilen des corp. jur. als im Coder, vollständig mitgetheilt werden, stets etwas Neues enthalten haben müßten. Allein dies ist keineswegs der Fall. So z. B. enthalten gleich von den in den Institutionen wörtlich mitgetheilten Rescripten die meisten kein neues Recht. Vergl. §. 2. J. *de his qui sui* (I. 8.) und dazu die Anmerkung: major asperitas von Schrader; §. 1. J. *de milit. testam.* (II. 11.); pr. J. *de hered. instit.* (II. 14.) vgl. mit L. 12. §. 6. D. *qui et a quibus* (XL. 9.), und nach der herrschenden Auffassung der in Note 53. erwähnte §. 3. J. *quib. mod. testam.* (II. 17.)

stellt, welche Marcian aus dem kaiserlichen Rescripte abstrahire, während die Worte nach der Mühlenbruch'schen Auffassung keinen besseren Sinn hätten, als: „das von dem Testator ausdrücklich Erklärte gilt nur dann, wenn er nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt hat." Allein hierdurch geschieht Mühlenbruch Unrecht. Denn nach dessen Interpretation wäre der Schlußsatz nur eine Anwendung des bekannten Grundsatzes: species derogat generi, wie auch Ulpian in dem Falle, wo der Erblasser es ausdrücklich in die fides des im zweiten Testamente nicht bloß ex re certa eingesetzten Erben verstellt hatte, ut tabulae priores valerent, die Bemerkung, daß in diesem Falle auch die Erbeinsetzungen des ersten Testamentes als Universalfideicommisse aufrecht erhalten würden, durch den Zusatz beschränkt: nisi aliud testatorem scripsisse probetur[65]). Grammatisch und logisch ist daher die Mühlenbruch'sche Auffassung ganz wohl möglich. Indessen gebe ich jetzt der oben vorgetragenen Erklärung den Vorzug, weil darnach die Worte eine tiefere Bedeutung bekommen, und einen der späteren Ausbildung der Formlosigkeit der Fideicommisse vollkommen entsprechenden Rechtssatz ausdrücken[66]).

65) L. 19. §. 1. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) Auch Papinian hat in L. 5. D. *h. t.* (§. 1511. a. S. 169.) bei einer ähnlichen Gelegenheit einen ähnlichen Zusatz gemacht.

66) Die von Reuner a. a. O. S. 80—83. unter Nr. 3. und 4. angeführten Gründe habe ich hier nicht berührt, weil sie nur zur Rechtfertigung des auch von mir adoptirten Rechtssatzes dienen, und Reuner auch auf Nr. 4. nach Note 21. kein entscheidendes Gewicht legt. Dagegen ist allerdings rühmend zu erwähnen, daß Reuner die Existenz des obigen Rechtssatzes auf sorgfältige Weise dargethan hat.

Verlassen wir jetzt diesen speciellen Fall, so könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob die bisherige Entscheidung auch dann Platz greifen müsse, wenn das erste Testament dergestalt nichtig errichtet war, daß selbst nicht einmal die Codicillarform als gewahrt erschien. Die Bejahung dieser Frage kann indessen nach den in §. 1513. f. S. 132—138. enthaltenen Ausführungen keinem Zweifel unterliegen.

2. Das erste Testament enthält die Codicillarclausel in Bezug auf das zweite Testament, d. h. in dem ersten Testamente ist ausdrücklich erklärt, daß wenn der Testator später ein zweites Testament errichten werde, und dieses als solches nicht gelten könne, es doch wenigstens als Codicill gelten solle. Wenn in diesem Falle das zweite Testament als ein zu dem ersten Testamente gehöriges testamentarisches Codicill gedacht werden soll, so müssen wir zweierlei voraussetzen, nämlich einmal, daß das zweite Testament gleich von Anfang an nichtig war, weil es widrigenfalls, wegen der Grundsätze über Ruption nicht zur testamentarischen Erbfolge aus dem ersten Testamente kommen könnte, und zweitens, daß bei der Errichtung des zweiten Testaments wenigstens die Codicillarform gewahrt worden ist. Dies letztere müssen wir deshalb annehmen, weil das zweite Testament eine ultima voluntas ist, welche nach den Ausführungen in §. 1513. f. S. 102. fgg., insofern sie nicht als mystische Verfügung zu Recht bestehen kann, der Codicillarform bedarf.

Vergleichen wir jetzt die unter A. und B. (S. 264. fgg.) behandelten Fälle mit den auf S. 263. erwähnten, wo das Testament als Intestatcodicill zur Geltung gelangt, so müssen wir offenbar alle diese Fälle unter denselben Gattungsbegriff bringen. Denn wir haben es hier wie dort mit einer Erklärung des Erblassers zu thun, durch welche ein Testament, welches sonst mit seinem ganzen

Inhalte hinfällig werden würde, als Codicill aufrecht erhalten wird. Wir haben ferner in allen diesen Fällen als gemeinsame Voraussetzung zu fordern, daß die fragliche Erklärung wenigstens die Erfordernisse eines Codicills an sich trage. Wenn demnach Voraussetzungen und Wirkungen die nämlichen sind, so kann der Umstand, daß das Testament in gewissen Fällen als Intestat- und in anderen als testamentarisches Codicill aufrecht erhalten wird, offenbar nicht zur Verneinung eines gemeinsamen Gattungsbegriffes, sondern nur zur Aufstellung zweier verschiedener species desselben Gattungsbegriffes benutzt werden. Aus diesen Gründen mußte daher der Begriff der Codicillarclausel, wie dies auf S. 186. geschehen ist, so weit gefaßt werden, daß er sich auf alle in dem Vorhergehenden behandelte Fälle zu erstrecken im Stande ist[67]).

67) In dieser Beziehung ist an der Begriffsbestimmung der Codicillarclausel von Seiten der neueren Juristen bald Dies bald Jenes auszusetzen, wenn auch von Manchen die Möglichkeit eingeräumt ist, daß ein Testament kraft der Codicillarclausel in ein testamentarisches Codicill verwandelt werden könne. Dabei sind aber immer nur die Fälle unter A. 1. und B. 1. ins Auge gefaßt. Siehe z. B. MANTICA de conjectur. ultim. volunt. Lib. VI. Tit. 4. nr. 16. *Petr.* MÜLLER in nota β. ad STRUV Syntagm. jur. civ. Exerc. XXXIV. Th. 64. STRYK Disp. cit. nr. 58. und Usus modern. Pand. *h. t.* §. BERGER Oec. jur. Lib. II. Tit. 4. §. 36. nota. 1. Hellfeld h. §. not. t. Hufeland, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 1328. not. a. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandektenrechts 3ter Th. §. 785. Note 10. Seuffert prakt. Pandektenrecht 3ter Th. §. 602. Note 9. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 709. Anm. 11., welche eine ganz begründete Polemik gegen Roßhirt

Die bisher geschilderten Wirkungen der Codicillarclausel brauchen indessen nicht immer sämmtlich in jedem einzelnen Falle einzutreten. Die Codicillarclausel kann vielmehr durch Zufall oder, durch eine ausdrückliche Verfügung des Erblassers auch auf einzelne Seiten ihrer Wirksamkeit eingeschränkt werden. Nehmen wir z. B. an, daß der in dem fraglichen Testamente ohne Substituten eingesetzte Universalerbe vor dem Erblasser verstorben ist, so kann von Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung in Gestalt eines Universalfideicommisses natürlich keine Rede mehr sein. Nichtsdestoweniger müssen aber doch die zur Erbfolge gelangenden Personen kraft der Codicillarclausel die in dem Testamente angeordneten Singularvermächtnisse, soweit letztere noch ausführbar sind, erfüllen. Eine solche Beschränkung kann nun der Erblasser begreiflicherweise auch durch seinen Willen hervorbringen; er kann z. B. verordnen, daß, wenn das Testament als solches nicht zu Recht bestehen sollte, die Erben nur die Vermächtnisse, nicht aber die Erbeinsetzungen zu realisiren verpflichtet sein sollen[68]), Eben so muß es ihm natürlich auch unverwehrt sein, die Wirksamkeit der Codicillarclausel für gewisse Fälle der Nichtigkeit des Testamentes auszuschließen, in welcher sie sonst, wenn sie allgemein aus-

Note 44. cit. enthält. Dagegen ist der gegen Mühlenbruch a. a. O. ausgesprochene Tadel unbegründet. Denn Mühlenbruch redet nicht von einem rumpirten Testamente, wie Sintenis unterstellt, indem die Worte „auch nicht sonst schon aufgehobenes Testament“ gerade den Fall bezeichnen sollen, daß das erste Testament noch gültig, und namentlich durch das zweite nicht rumpirt worden ist.

68) Eine solche Codicillarclausel ist z. B. in L. 13. D. *de inoff. testam.* enthalten (§. 1511. a. S. 165. Note 13.)

gedrückt worden wäre, zur Anwendung gekommen sein würde [69]).

Wenn diesemnach die Aufgabe der Codicillarclausel darin besteht, den Inhalt des Testamentes, in Gemäßheit des Willens des Erblassers, so weit dies im Gebiete der Codicille möglich ist, zur Ausführung zu bringen, so werden dadurch für diejenigen Fälle, wo der Anwendung der Codicillarclausel kein Hinderniß im Wege steht, alle diejenigen Rechtsinstitute und Rechtssätze entbehrlich, welche den Zweck haben, Vermächtnisse, Universalfideicommisse, Freiheitsertheilungen u. s. w. trotz der Hinfälligkeit der Erbeinsetzung aufrecht zu erhalten [70]), wie z. B. das

69) Wenn freilich der Erblasser nur einzelne Fälle der Richtigkeit genannt hat, ohne die anderen ausdrücklich auszuschließen, so kann Streit darüber entstehen, ob man nicht in Folge seines muthmaaßlichen Willens, die nicht ausgedrückten Fälle doch stillschweigend ergänzen müsse. Nach den Ausführungen Mühlenbruchs bei Gelegenheit der Vulgarsubstitution im 40sten Th. des Comment. §. 1447. S. 301—307. wäre dies indessen regelmäßig zu verneinen. — Die älteren Juristen legten in dieser Beziehung ein großes Gewicht darauf, ob der Erblasser verba praesentia (si non valet jure testamenti valeat jure codicillorum) oder futura (si non valebit jure etc.) gebraucht hatte, indem sie die ersteren nur auf ein anfänglich nichtiges, und die letztere nur auf das erst später nichtig gewordene Testament bezogen. *Fabius* TURRETUS l. c. Qu. 23. Diese Wortklauberei ist aber von den neueren Juristen verständigerweise ganz aufgegeben worden.

70) Die meisten dieser Fälle sind bereits an früheren Orten des Commentars erledigt, so die L. Pactumejus (L. ult.) D. *de heredibus instituendis* im 38sten Bd. §. 1431. S. 476—478.; das edictum de legatis praestandis bonorum possessione contra tabulas

edictum si quis omissa causa, oder das dem Universalfideicommissar gegen den Fiduciar zustehende Zwangsrecht auf Erbschaftsantretung. Ja wir können dem Honorirten selbst nicht einmal die Wahl zwischen der Berufung auf die Codicillarclausel oder den eben erwähnten zwei Rechtsmitteln gestatten. Denn die in dem edictum si quis omissa causa versprochenen utiles actiones werden nur causa cognita[71]), d. h. wenn ein genügender Grund zu ihrer Anwendung vorhanden war, gewährt. An einem solchen fehlt es aber in dem vorliegenden Falle, wo der Honorirte sich wegen der Codicillarclausel auf die eigene voluntas des Erblassers berufen kann, ganz und gar, indem weder von einer wirksamen calliditas des Onerirten, noch von einem erst durch den Prätor herbeizuführenden Schutze der voluntates defunctorum die Rede sein kann[72]). Der durch das S. C. Pegasianum zuerst eingeführte Zwang bei dem Universalfideicommisse war aber ein ganz außerordentliches Rechtsmittel, welches eben deshalb unter den allgemeinen Rechtssatz fallen mußte:

petita im 36sten Bd. §. 1421. h. S. 331—336. und im 38sten Bd. §. 1421. i. S. 17—44.; die Bestimmungen der Nov. 115. im 37sten Bd. §. 1425. b. S. 284—289., und das edictum si quis omissa causa im 43sten Th. S. 449—470.

71) L. 6. §. 3. D. *si quis omissa causa* (XXIX. 5.)

72) In L. 1. pr. D. *eod.* (XXIX. 5.) giebt Ulpian gerade als Zweck des fraglichen Edictes an: „Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testati ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur.“

qui communi auxilio et mero jure munitus est, non debet ei tribui extraordinarium auxilium [73]).

Zum Beschlusse dieses Paragraphen bleibt noch eine eigenthümliche Beschränkung der Wirksamkeit der Codicillarclausel zu besprechen, welche durch die als L. 8. C. J. *h. t.* recipirte L. 7. C. Th. *h. t.* (IV. 4.) eingeführt worden ist [74]). Die Worte dieser Verordnung von Theodosius lauten in der Justinianeischen Redaction als L. 8. pr. C. *t.* folgendermaaßen:

Si quis agere ex testamento, quolibet modo, sive scripto sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus: si testator faciens testamentum in eodem, pro codicillis etiam id valere, complexus sit, qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit [75]), statim inter ipsa hujus

73) L. 16. pr. D. *de minoribus* (IV. 4.). — Die genauere Begründung dieses allerdings bestrittenen Punktes kann erst später bei der Darstellung der Universalfideicommisse in §. 1591 vorgenommen werden.

74) Die Brochüre von J. A. Seuffert: Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städelischen Beerbungsfall. Würzburg 1828., beschäftigt sich von S. 3—26. mit diesem Wahlrechte.

75) Im Cod. Theod. stand: aut certe ex edicto D.

juris auspicia propositum suae intentionis explanet[76]) und mit Beziehung hierauf wird am Schlusse des auf S. 199. abgedruckten §. 1. derselben Constitution hinzugefügt: illo jure electionis videlicet perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit.

Ueber den wahren Sinn dieser Constitution haben sich, wegen ihrer ungenauen Fassung, mannigfache Streitigkeiten erhoben. Während nämlich die Glosse[77]), H. Donellus[78]) und H. Giphanius[79]) den ersten Satz auf solche Fälle beziehen, in welchen es zweifelhaft sei, ob der Erblasser eine directe Erbeinsetzung oder ein Universalfideicommiß beabsichtigt habe, soll der Kaiser nach

HADRIANI se mitti ad possessionem ex more petierit. Da Justinian in L. ult. C. *de edicto D. Hadriani tollendo* (VI. 33.) das edictum D. Hadriani aufgehoben hatte, so mußte er eine Aenderung im Texte vornehmen.

76) Im Cod. Theod. folgen noch die Worte: Sicut enim si quis defuncti agnoverit voluntatem, de inofficioso agere prohibetur, et patronus, liberti muneribus electis et operis, contra tabulas bonorum possessione repellitur: sic mulier in edicto quod de alterutro est, cum suam explanaverit optionem, ne poenitentia possit ad aliud transire, etiam satisdatione cogetur praecavere, nisi si aetatis juvetur auxilio, aus deren einzelnen Bestandtheilen die L. 7. C. Th. *de inoffic. quer.* (II. 19.) und L. ult. (2.) C. J. de bonorum possessione contra tabulas liberti (VI. 13.) entlehnt sind.

77) Glossa *Si quis* ad L. 8. pr. C. *h. t.*

78) Commentar in Codic. ad L. 8. pr. cit. (Francof. 1599.) p. 480.

79) Explanatio difficiliorum legum Codicis ad h. L. (Colon. Planc. 1614.) T. II. p. 126.

J. Gothofredus[80]) einen Fall vor Augen gehabt haben, wo der Erblasser den Honorirten zum directen Erben eingesetzt und ihn daneben ausdrücklich für den Fall, daß er nicht Erbe werde, mit einem Universalfideicommisse honorirt habe. Allein der Kaiser will hier offenbar zwei verschiedene Fälle entscheiden. Nach der Gothofredischen Auffassung hätte er dies aber nicht gethan, denn in der Sache selbst macht es für den eingesetzten Erben keinen Unterschied, ob dem Testamente die Codicillarclausel hinzugefügt, oder dem Erben die Erbschaft eventuell ausdrücklich als Fideicommiß zugewandt ist. Nach der ersten Auffassung dagegen bezieht sich die Verordnung nicht bloß auf die Codicillarclausel, sondern auch auf diejenigen Fälle, wo eine Aenderung der Wahl in Folge einer anderen Interpretation des letzten Willens des Erblassers vom Honorirten vorgenommen wird. Gerade deshalb, weil dadurch das Gesetz vollständiger erscheint, und ein gehöriger Gegensatz zwischen dem ersten und zweiten Satze zum Vorschein kommt, verdient diese Auffassung den Vorzug.

Dabei drängt sich uns dann die weitere Frage auf: ob der Honorirte auch an eine außergerichtliche Wahl gebunden ist? H. Donellus a. a. O. hat dies entschieden in Abrede gestellt. Er beruft sich auf die Anfangsworte: si quis agere ex testamento etc., auf die Fassung des dispositiven Theiles der Verordnung: qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis[81]) u. s. w. und endlich auf den Schlußsatz ita ut sive bonorum possessionem . . petierit etc., indem hierdurch

80) In comment. ad L. 7. pr. C. Th. *h. t.* (ed. Ritter T. I. p. 389.)

81) Jak. Gothofredus l. c. erläutert die Worte: ab ipsis intentionis exordiis mit ab ipsis actionis exordiis.

der Honorirte erst zu einer bestimmten Erklärung aufgefordert werde, nachdem er bereits bonorum possessio agnoscirt habe, so daß also letzteres ihm bereits unmöglich präjudicirt haben könne. Noch weiter ist Mühlenbruch[82]) gegangen, indem er bei Gelegenheit des berühmten Städelischen Processes die Ansicht aufstellte, daß die Administratoren der Städelischen Stiftung dadurch, daß sie Immission nachgesucht und erhalten, und als Beklagte die directe Erbschaft für die Stiftung in Anspruch genommen hätten, nicht verhindert seien, später, bei etwaigen Verluste dieses ersten Processes, das Städelsche Vermögen als Universalfideicommiß von den Intestaterben einzuklagen, indem nach den Worten der Theodosischen Verordnung der Honorirte nur durch Erhebung der Klage gebunden sei, und dies als jus singulare auf andere Fälle nicht übertragen werden dürfe. Gegen diese Mühlenbruchischen Ausführungen trat indessen sofort J. A. Seuffert mit der in Note 74. angeführten Brochüre auf, in welcher er die Singularität der fraglichen Verordnung in Abrede stellte, und die einmal getroffene Wahl, ohne Rücksicht auf Proceß und Proceßlage, für unabänderlich erklärte. Diese letzte Behauptung ist offenbar begründet, mag man die in der Constitution enthaltene Rechtsnorm für ein jus singulare erklären oder nicht[83]). Denn wenn der Kaiser auch in dem ersten

82) Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles. Halle 1828. S. 280. Nr. 2. Eine zusammengedrängte Relation dieses Falles findet sich im 40sten Th. des Comment. §. 1438. b. S. 89. fgg.

83) Wenn man das jus singulare mit Seuffert a. a. O. S. 6—10., wie dies früher von Thibaut civilistische Versuche 2ter Th. Nr. 13. und später von Savigny System des heutigen römischen Rechts 1ster Th. S. 61—66. geschehen ist, als das nicht aus rein juristi-

Theile der Stelle bis zu den Worten: habeat potestatem nur von einer Klage des Honorirten redet, so sind doch die folgenden Worte: sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse so allgemein gefaßt, daß sie auf jede Wahl bezogen werden müssen, zumal kein vernünftiger Grund abzusehen ist, warum eine außergerichtliche Wahl hinter der gerichtlichen zurückstehen sollte [83a]. Die Richtigkeit dieser Interpretation erhellt aber insbesondere aus dem in Note 76. angeführten Zusatz unserer Constitution im Theodosianischen Codex, indem bei den 3. Analogien, durch welche der Kaiser sich bei seiner Entscheidung hat leiten lassen, bei der querela inofficiosi testamenti, der bonorum possessio contra tabulas des Patrons, und dem edictum de alterutro die außergerichtliche Wahl der gerichtlichen ganz gleichsteht [84]. Gegen diesen letzten Beweisgrund ließe sich

schen Motiven entsprungene Recht definirt, so kann man die Theodosische Verordnung allerdings kein jus singulare nennen, weil der Kaiser sich nur durch rein juristische Motive hat leiten lassen.

83a) Für die außergerichtliche Wahl könnte man sich noch darauf berufen, daß der Kaiser nicht sage: si quis egerit ex testamento sondern si quis agere voluerit. Allein das voluisse bedeutet hier, wie so oft, den zur Ausführung gebrachten Willen. Vgl. z. B. L. 79. D. *de acq. hered.* (XXIX. 2.)

84) Ueber die querela inofficiosi testamenti vgl. L. 5. L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. D. *de inoff. testam.* (V. 2.); über die bonorum possessio contra tabulas des Patrons L. 6. §. ult. D. *de bonis libert.* (XXXVIII. 2.) L. 20. D. *de jure patronatus* (XXXVII. 14.) vgl. mit L. 14. pr. D. *de b. p. c. t.* (XXXVII. 4.); über das edictum de alterutro L. unic. §. 3. C. *de rei uxor. actione.* (V. 13.)

freilich der Einwand aufstellen, daß der erwähnte Zusatz im Justinianeischen Codex fortgelassen ist[85]), und daß die ratio eines Gesetzes, welche uns durch andere Quellen, als den Canon der Justinianeischen Legislation, bekannt geworden sei, vom Richter nicht berücksichtigt werden dürfe[86]). Allein wollten wir auch wirklich diese letztere strenge Ansicht befolgen, so würde sie doch auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sein, weil wir hier, auch ohne Kenntniß des Theodosischen Codex, durch eigenes Nachdenken darauf geführt werden müssen, daß der Kaiser die vorliegenden beiden Fälle nach Analogie der alternativen Rechte habe beurtheilt wissen wollen; bei allen alternativen Rechten ist aber regelmäßig auch schon die außergerichtliche Wahl bindend[87]). Der mit den Partikeln ita ut beginnende Schlußsatz stellt sich dieser Auffassung rein als Folgesatz der allgemein lautenden Worte: sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse dar, und bekommt dadurch den sehr passenden Sinn, daß derjenige, welcher in Zukunft bonorum possessio secundum tabulas u. s. w.[88]) nachgesucht

85) Der Grund dieser Auslassung war offenbar, weil man den Zusatz für unnöthig hielt. Denn hätte man die Analogien mißbilligt, so würde man wohl die ganze Verordnung nicht recipirt haben.

86) Vgl. über diese Frage die Bemerkungen in Wächters Würtembergischen Privatrechte 2ter Bd. §. 23. S. 144. fgg.

87) Man denke nur z. B. an die alternativen Obligationen u. s. w.

88) Unter den ceterasque similes versteht *Jac.* Cujacius in Recit. ad Cod in h. L. (T. III. p. 730) die bonorum possessio ex testamento militis, von welcher der Tit. D. *de b. p. ex testamento militis* (XXXVII. 13.) handelt, die b. p. secundum gesta municipalia, arg. L. 19. C. *de testamentis*

haben werde, dadurch sofort seinen nachher nicht mehr abzuändernden Entschluß an den Tag lege; so daß hier also gerade die Vornahme eines nicht processualischen Actes, welcher sich aber als Ausübung der Wahl darstellt, als entscheidend angeführt ist[89]. Die communis opinio der neueren Zeit scheint sich denn auch fast einstimmig für die außergerichtliche Wahl erklärt zu haben, insofern nirgends die Wahl durch Klage, sondern nur ein Wahlrecht ganz im Allgemeinen erwähnt wird[90].

(VI. 23.) und eine b. p. utilis aus L. unic. D. *si tab. test. extab.* (XXXVII. 2.) *Jac.* Gothofredus welchem der Uebersetzer im deutschen Corp. jur. civ. 5ter Bd. S. 1008. Note 103. gefolgt ist, versteht darunter aber auch sämmtliche bonorum possessiones ab intestato. Wahrscheinlicher als diese beiden Ansichten, ist wohl die Annahme, daß der Kaiser an provisorische bonorum possessiones aus einem Testamente, wie z. B. die Carboniana possessio gedacht hat.

89) Gegen Mühlenbruch hat Seuffert a. a. O. S. 12. fgg. insbesondere noch mit Recht erinnert, daß, wenn man vorliegend auch ein jus singulare annehme, das hier vom Honorirten als Kläger Festgesetzte vermöge der Rechtsregel: reus in excipiendo fit actor, doch auch Platz greifen müsse, wenn er in dem Processe als Beklagter erscheine, indem auch ein jus singulare den gewöhnlichen Interpretationsgrundsätzen unterworfen ist.

90) Mackeldey Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 704. not. f. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 117. not. s. t. Mejer in der Fortsetzung des Schweppe'schen Handbuchs 5ter Bd. §. 932. S. 385. Anm. 3. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Th. 2te Abth. §. 1005. S. 564. Nr. 4. Sintenis das praktische

Hieran reiht sich die weitere Frage: ob nur eine mit klarer Einsicht in die faktischen und juristischen Verhältnisse des einzelnen Falles verbundene oder ob auch eine im Irrthume vorgenommene electio als verbindend angesehen werden könne und resp. müsse, wie wenn z. B. der Honorirte in dem Wahne, daß das Testament gültig sei, als directer Erbe angetreten hat, und später, nach Entdeckung seines Irrthumes, die Ansprüche aus dem Universalfideicommisse geltend machen will. H. Donellus will hier dem in einem faktischen Irrthume befindlich gewesenen Honorirten ohne Weiteres zu Hülfe kommen, quia facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat [91]) und ea, quae postea emergunt, auxilio indigent [92]), indem die auf eine interrogatio in jure von Seiten des Befragten irrthümlich ertheilte Antwort, daß er Erbe einer bestimmten Person sei, für unverbindlich erklärt wird, wenn das Gegentheil aus später entdeckten Thatsachen hervorgehe [93]). Allein nach dieser Erklärung hätte der Kaiser Theodosius offenbar gar nichts Neues verordnet. Denn fassen wir die verschiedenen Fälle, welche hinsichtlich eines mit der Codicillarclausel versehenen Testamentes eintreten können, genauer ins Auge, so steht schon nach allgemeinen Grundsätzen fest, daß der Honorirte, wenn er mit der Gültigkeit seiner Erbeinsetzung bekannt, sich doch für das Universalfideicommiß erklärt, dadurch stillschweigend die testamentarische Erbschaft ausschlage [94]), und daß er als ein auf das

gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 710. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 546. c. und d.

91) L. 2. D. *de jur. et facti ignorantia* (XXII. 6.)

92) L. 11. §. 8. D. *de interrogat. in jure* (XI. 1.)

93) L. 11. §. 8. D. *cit.*

94) Vgl. L. 17. §. 1. D. *de acq. vel omitt. hered.* (XXIX. 1.)

Universalfideicommiß Verzichtender betrachtet werden muß, wenn er, mit der Gültigkeit des Universalfideicommisses bekannt, dennoch die damit im Widerspruche stehenden Ansprüche als directer Erbe aus dem nichtigen Testamente geltend macht[95]). Dagegen könnte in diesen Fällen, sobald wir einen Irrthum des Honorirten annehmen, nach allgemeinen Grundsätzen von einem Verzichte keine Rede sein, weil dann dem Honorirten der Wille, Rechte aufzugeben, welcher die Grundlage des Verzichts bildet, gänzlich fehlt, und es müßte ihm deshalb unverwehrt sein, nach Entdeckung seines Irrthums, das ihm wirklich deferirte Recht, anstatt des irrthümlich erwählten, in Anspruch zu nehmen[96]). Wollte daher der Kaiser etwas Neues festsetzen, so mußte er gerade in diesen Thatbestand eingreifen. Dann reducirt sich der eigentliche Kern der Verordnung eben auf die Fälle, wo der Honorirte aus Irrthum statt des ihm wirklich deferirten Rechtes das nicht deferirte erwählt hat[97]).

Vom legislatorischen Standpunkte aus läßt sich freilich die Theodosische Verordnung nicht wohl billigen[98]).

95) Arg. L. 8. D. *de hered. petit.* (V. 3.) Vgl. insbesondere Francke im Archiv für die civilistische Praxis 19ter Bd.. S. 189. fgg.

96) Vgl. L. 17. pr. §. 1. D. *de acquir. heredit.* XXIX. 2.) L. 5. §. 1. L. 24. D. *de his quae ut indign.* (XXXIV. 9.)

97) Die meisten neueren Schriftsteller drücken den Inhalt der Constitution gerade so allgemein aus, wie die Worte in der Constitution lauten. Andere aber beziehen sie ausdrücklich nur auf den Fall des Irrthums, z. B. Francke a. a. O. S. 210. fgg.

98) Die Constitution wird deshalb auch mit Recht getadelt von Thibaut civilistische Abhandlungen 9te Abh. S.

Denn gegen Chikanen war hinlänglich durch den bei Note 95. angeführten Grundsatz gesorgt, und dem aus Irrthume falsch Wählenden sein Recht zu nehmen, war eine offenbare Härte. Die Analogien, durch welche der Kaiser sich hat leiten lassen, sind ferner gleichfalls keineswegs geeignet, seiner Entscheidung Vorschub zu leisten. Denn in allen drei, bei Note 84. erwähnten Fällen ist eine wahre Alternative vorhanden; der Wählende erhält wirklich definitiv das von ihm gewählte Recht, und insofern ein Aequivalent für das nicht gewählte[99]. In dem vorliegenden Falle ist ihm aber nur das eine Recht wirklich deferirt; er wählt das ihm nicht zustehende, und soll dadurch, ohne irgend ein Aequivalent, das ihm wirklich zustehende verlieren!

Unter diesen Umständen kann es uns nicht Wunder nehmen, daß die Praxis das Gesetz so viel als möglich einschränkend zu interpretiren versucht hat. So ist neuerlich von Seuffert[100]) ein durch das Oberappellationsgericht zu Kiel bestätigtes Erkenntniß des holsteinischen Obergerichts daselbst mitgetheilt, in welchem die Ansicht aufgestellt worden ist, daß unsere **L. 8. C. cit.** auf solche Fälle zu beschränken sei, in welchen sich ein Honorirter auf die Codicillarclausel berufe, nachdem er mit seinen Ansprüchen aus der directen Einsetzung abgewiesen worden, und daß es demzufolge zuläſſig sei, wenn ein Streittheil in derselben Schrift die Gültigkeit der letztwilligen Disposition als Testament, und eventuell,

154—156. Francke a. a. O. S. 210—213. Sintenis a. a. O. S. 710. Anm. 13.

99) Deshalb schadete auch eine erfolglose Wahl, wie wenn er z. B. ein widerrufenes Legat unwissentlich wählte, nicht. **L. 12. §. 2. D.** *de inoffic. testam.* (V. 2.)

100) Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte der deutschen Staaten 5ter Bd. Nr. 204.

jedoch gleichzeitig, als Fideicommiß kraft der Codicillarclausel nachzuweisen gesucht, und daher das fragliche Wahlrecht bisher nicht ausgeübt, sondern die Wahl gleichsam dem Richter überlassen habe. Dieses Erkenntniß läßt sich aber mit dem geschriebenen Rechte nicht in Uebereinstimmung bringen. Denn wer auf solche Weise klagt, wählt in Wahrheit das directe Erbrecht, und recurrirt nur für den Fall der Erfolglosigkeit dieser Wahl auf das Universalfideicommiß. Es ist eine Täuschung, daß hier dem Richter das Wahlrecht überlassen werde. Denn der Richter darf, wenn er sich von der Rechtsbeständigkeit des Testamentes überzeugt hat, nicht etwa die testamentarische Erbschaft ausschlagen, und das Universalfideicommiß für den Honorirten wählen. Er muß ihn in diesem Falle als directen Erben anerkennen. Durch die Zulassung eines solchen Gesuches würde auch der ganze Zweck des Gesetzes vereitelt. Denn der Gesetzgeber wollte offenbar verhüten, daß die ohne den Honorirten zur directen Erbschaft berufenen Personen nicht von zwei verschiedenen und entgegengesetzten Standpunkten aus zur Vertheidigung gezwungen würden. Angriff und Vertheidigung sollte vielmehr auf einen Punkt concentrirt werden. Bei einer solchen eventuellen Cumulation hätte sich aber doch der Beklagte auf zwiefach verschiedene Weise zu vertheidigen. Der Unterschied wäre nur der, daß hier der Richter über zwei verschiedene Ansprüche nicht nach einander in zwei verschiedenen Processen, sondern in einem einzigen Processe zu erkennen hätte. Daß überhaupt der Kaiser den Verlust des einen Anspruches nicht bloß an die rechtskräftige Zurückweisung des anderen Anspruches hat anknüpfen wollen, geht mit der höchsten Evidenz aus dem nachher zu besprechenden §. 2. der Constitution hervor, wo rechtskräftige Zurückweisung und freiwilliges Aufgeben des einen Anspruches auf

ganz gleiche Linie gestellt werden. In einem Falle der vorliegenden Art wäre daher entweder das eventuelle Gesuch als unbegründet zu verwerfen, oder, wenn man nach einer milderen Auffassung das ganze Gesuch als ein untrennbares Ganze behandeln wollte, die Klage angebrachtermaaßen zurückzuweisen.

Nur in einem einzigen Falle kann die Ansicht des Donellus gebilligt werden. Wenn nämlich der Honorirte von der Hinzufügung der Codicillarclausel in dem Testamente, z. B. weil in der ihm mitgetheilten Abschrift des Testamentes der die Codicillarclausel enthaltende Passus aus Versehen ausgelassen ist, keine Kenntniß gehabt und als directer Erbe angetreten hat, so kann ihm diese Antretung unmöglich im Wege stehen, wenn er später die Nichtigkeit des Testamentes entdeckt, und sich noch an das Universalfideicommiß halten will. Denn in diesem Falle kann die Antretung nicht als Ausübung eines Wahlrechts angesehen werden, weil die Sachlage von der Art war, daß dem Honorirten auch nicht einmal die Möglichkeit, daß er noch auf einem andern Wege zum Ziele kommen könne, vorschweben konnte.

Uebrigens hat der Kaiser von seiner Verordnung in §. 2. derselben mit folgenden Worten:

> Si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit vel nuncupatus in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere, licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit forte superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare.

Non enim par eademque ratio videtur, amittere debita et lucra non capere.

eine nicht unwichtige Ausnahme zugelassen.

Ascendenten und Descendenten, und zwar wenn sie im agnatischen Nexus zum Erblasser standen, bis zum 4ten, wenn nur im cognatischen bis zum 3ten Grade einschließlich, sollen von der in pr. eingeführten Bestimmung nicht betroffen werden, weil es sich bei ihnen, wenn die Verordnung auf sie ausgedehnt würde, mehr um ein **debita amittere** als um ein **lucrum non capere** handle. Auch an der Fassung dieses Paragraphen giebt es wieder mehr als genug zu tadeln. Statt einfach die Befreiung dieser Verwandten von der obigen Verfügung auszusprechen, sanctionirt der Kaiser mit ausdrücklichen Worten nur den einen Fall, wenn der eingesetzte Erbe sich für das directe Erbrecht entschieden hat und später zu dem Universalfideicommisse seine Zuflucht nehmen will. Den umgekehrten Fall, wo nach vorgeblich in Anspruch genommenem Fideicommisse das directe Erbrecht geltend gemacht wird, hat er nicht berührt. Allein da für die gleiche Behandlung dieses umgekehrten Falles die oben angeführte ratio noch in stärkerem Maaße paßt, so müssen wir die specielle Hervorhebung dieses einen Falles allein nur als eine ungenaue Fassung des oben ausgedrückten allgemeineren Gedankens betrachten. Wir sind hierzu um so mehr berechtigt, da der Kaiser auch im Anfange des pr. dieser Constitution nur denselben hier allein hervorgehobenen Fall ausdrücklich erwähnt und später doch so allgemein von einem Wahlrechte redet, daß dasselbe auf beide Fälle bezogen werden muß. Wenn daher v. Buchholtz[1]) die auf Seite 285 Note 90 erwähnten Juristen

1) Juristische Abhandlungen. Königsberg 1833. 3te Abh. S. 97. Note 3.

tadelt, daß sie bei As= und Descendenten ein unumschränktes Wahlrecht zulassen, weil die Constitution nur von dem einen Falle rede, so halte ich diesen Tadel nicht für begründet. Dagegen ist ein anderer Punkt weit bedenklicher. Man könnte nämlich sehr leicht geneigt sein, den genannten As= und Descendenten das gedachte Vorzugsrecht nur dann zuzusprechen, wenn ihnen in concreto ein Pflichttheilsrecht gegen den Erblasser zustand, weil der Kaiser als ratio seiner Verfügung die Worte: Non enim par eademque ratio videtur amittere debita et lucra non capere hinzugefügt hat, und weil unter diesem debitum auch an andern Orten der Pflichttheil verstanden wird [2]). Allein wir dürfen unsere Verfügung unmöglich auf diesen Fall beschränken. Der Kaiser betrachtet vielmehr auch das, was sich nicht pflichttheilsberechtigte As= und Descendenten gegenseitig inter vivos oder mortis causa schenken, als eine natürliche Schuld, bei den Descendenten durch die Dankbarkeit gegen ihren Erzeuger, bei den Ascendenten durch die werkthätige Liebe gegen die von ihnen Erzeugten hervorgerufen. Dies geht aus folgendem Umstande hervor. Der Kaiser hat nämlich, wie oben angeführt, gerade den Fall hervorgehoben, wo der Honorirte, nachdem er seine Ansprüche auf die directe Erbfolge aus dem Testamente vergeblich geltend gemacht hat, sich auf die Codicillarclausel beruft. Der Kaiser hat ferner nur den Fall im Auge, wo das Testament durch die Codicillarclausel in ein Intestatcodicill verwandelt wird [3]). Wenn nun die Erbeinsetzung zu Gunsten der Honorirten als Universalfideicommiß aufrecht erhalten werden soll, so kann sich dies vorliegend nur auf diejenige Quote der Erbschaft beziehen,

2) L. 10. pr. C. *de adopt.* (VIII. 48.) L. ult. §. 2. C. *de curatore furiosi* (V. 70.)

3) Siehe L. 8. §. 1. C. *h. t.* (S. 199. Note 88.)

welche den Intestaterbtheil des Honorirten überschreitet, indem er den letzteren bereits als directer Erbe inne hat. So ist daher hier die Rücksicht auf den Pflichttheil offenbar nicht entscheidend gewesen. Diese Auffassung wird noch auf das Genaueste durch eine andere Constitution von denselben Kaisern Theodosius und Valentinian[4]) aus dem J. 422 unterstützt, in welcher den As- und Descendenten die Steuer von lucrativen Zuwendungen erlassen wird, und zwar wie die Kaiser sagen: **in tam enim necessariis sibi conjunctisque personis sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur** [5]). Damit ist denn die weitere Frage: ob auch in Adoption gegebene Kinder und der **minus plene adoptatus** auf das in Frage stehende Privilegium Anspruch machen können? entschieden. Da nämlich diesen Personen ein Intestaterbrecht gegen ihren natürlichen und resp. Adoptivvater zusteht, so müssen sie mit den andern Descendenten auf gleiche Linie gestellt werden[6]). Derartige Begünstigungen der As- und

4) L. unic. pr. C. *de imponenda lucrativis descriptione* (X. 35. al. 36.)

5) Daß bei diesen Worten nicht bloß an den Pflichttheil gedacht wird, geht auch daraus hervor, daß die Kaiser in den folgenden Worten: cujus auctoritatem juris pariter valere sancimus, et si ab intestato succedant praefati sibi generis ordine sociati, ex his enim successionibus maxime debiti potius solutio, quam muneris oblatio comprobatur, quae non largientibus etiam dominis ipsa propinquitatis serie deferuntur, auch den vollen Intestaterbtheil der gedachten Verwandten von der Steuer frei sprechen.

6) So wird z. B. die in Note 7. erwähnte Frist auch den Adoptivparentes und liberi gestattet. L. 1. §. 12. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.) — Wegen der in Adoption gegebenen Kinder siehe auch GIPHANIUS l. c. p. 128.

Descendenten finden sich übrigens schon mehrfach im früheren Rechte [7]). Daß Theodosius hier eine Beschränkung auf gewisse Grade vorgenommen, und dabei noch einen Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten gemacht hat, ist freilich eine durch nichts zu rechtfertigende Singularität. Praktisch werden aber gewiß diese Beschränkungen von sehr geringer Erheblichkeit sein, indem sich Erbfälle im 4ten Grade der linea recta und darüber hinaus nur selten ereignen, und auch Mißgriffe bei der Wahl im obigen Sinne nicht so häufig vorkommen.

Endlich ist auch noch darauf aufmerksam zu machen, daß unser §. 2. sich, seinem Wortinhalte nach, nur auf den zweiten, nicht auf den ersten im pr. dieser Constitution regulirten Fall bezieht. Giphanius l. c. p. 128 hat sich daher gegen die Anwendung dieser Constitution auf den ersten Fall erklärt. Allein auch hier gilt ganz das Nämliche, was oben (S. 291 fg.) gegen v. Buchholtz bemerkt worden ist. Auch in dem ersten Falle verdienen As- und Descendenten dieselbe Berücksichtigung wie in dem zweiten. Ein vernünftiger Grund eines Unterschiedes läßt sich nicht einsehen, und so sind wir denn auch hier vollkommen berechtigt, die ungenaue Fassung des Gesetzgebers zu verbessern und zwar um so mehr, da der Kaiser den zweiten Fall als das majus betrachtete [8]), und

7) Z. B. der annus utilis für As- und Descendenten bei der bonorum possessio L. 1. §. 12. D. *de successorio edicto* (XXXVIII. 9.); das edictum de legatis praestandis bonorum possessione contra tabulas petita, durch welches die Legate an De- und Ascendenten des Erblassers aufrecht erhalten werden. Tit. D. *de legatis praestandis c. t. b. p. petita* (XXVII. 5.)

8) Daß der Kaiser eine Gradation von dem 1sten zum 2ten Falle vornimmt, geht aus den Worten: tantum enim abest etc. deutlich hervor.

wir daher nur den gewöhnlichen Interpretationsgrundsatz: in majori etiam inest minus zur Anwendung bringen.

Während fast alle diese Punkte von den neueren Juristen mit Stillschweigen übergangen worden sind, ist merkwürdigerweise gerade derjenige Theil der Constitution, welcher völlig klar und bestimmt abgefaßt ist, mannigfachen Mißverständnissen ausgesetzt gewesen, oder wenigstens sehr ungenau wieder gegeben worden. So beziehen Mackeldey [9], v. Hartitzsch [10] und Roßhirt [11] die Beschränkung auf gewisse Grade nur auf die Descendenten, lassen aber das Gesetz für die Ascendenten in infinitum wirken. Allein die Gradbeschränkung folgt nicht als unmittelbarer Zusatz zu dem Worte liberi, sondern ist Apposition zu dem ganzen Satze: si quis etc., in welchem parentes ac liberi zusammen das Subject bilden. Völlig unrichtig lehrt endlich Puchta [12], daß alle Verwandte bis zum fünften Grade einschließlich von dem obigen Gesetze ausgenommen seien, während v. Wening-Ingenheim [13], Valett [14], v. Buchholtz [15] und Lang [16] die Constitution richtig aufgefaßt haben und wiedergeben.

In neuester Zeit ist zuletzt auch die praktische Geltung des erwähnten Unterschiedes zwischen Agnaten und

9) Lehrbuch des heutigen römischen Rechts §. 704.
10) Römisches Erbrecht S. 493.
11) Lehre von den Vermächtnissen 1ster Th. S. 65.
12) Vorlesungen über das heutige römische Recht 2ter Bd. S. 436.
13) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 117.
14) Praktisches Pandektenrecht §. 1186.
15) Juristische Abhandlungen. Königsberg 1833. 3te Abh. S. 98.
16) Lehrbuch der Institutionen §. 455.

Cognaten von Sintenis[17]), allein mit Unrecht, in Zweifel gezogen worden. Denn wenn auch die gedachte Verfügung wohl dadurch mit veranlaßt ist, daß damals die Agnaten bei der Erbfolge noch vielfach vor den Cognaten begünstigt waren, so stellt sich das in Frage befindliche Privilegium doch nicht als eine logische Folgerung aus einem obersten Grundsatze, und namentlich nicht als Folge eines damals zwischen den de= und ascendentischen Agnaten und Cognaten etwa bestandenen Unterschiedes bei der Intestaterbfolge dar. Die Aenderung des Intestaterbrechts durch Nov. 118 hat daher mit unserer Constitution nichts zu thun; ein Ausspruch aber, daß alle Unterschiede zwischen Agnaten und Cognaten aufgehoben sein sollten, findet sich nirgends in der Justinianeischen Legislation vor. Daher hat v. Buchholtz a. a. O. S. 97—99 ganz Recht, wenn er den hier behandelten Ausnahmsfall als einen der noch wenigen praktischen Unterschiede zwischen Agnaten und Cognaten aufführt.

§. 1516.

Die einzelnen Anwendungsfälle der Codicillarklausel[18]).

Da die Wirksamkeit der Codicillarclausel auf der zwiefachen Voraussetzung beruht, daß das in Frage be=

17) Das gemeine praktische Civilrecht 3ter Thl. §. 208. S. 710. Anm. 13.

18) C. Senkenberg (Resp. J. B. Reinharth) Diss. de clausulae codicillaris inefficacia. Goetting. 1738. R. C. Henne (Resp. A. H. Schroeter) Diss. de vi et potestate clausulae codicillaris testamentis quae ex post infirmantur adjectae. Erford. 1773. J. A. Hellfeld (Resp, C. F. Burmeister) Diss. de effectu clausulae codicillaris testamento quod rumpitur adjectae (auch in Ejusd. Opuscula et Dis-

findliche Testament als solches nicht ins Leben tritt, und daß dasselbe, resp. der die Codillarclausel enthaltende letzte Wille wenigstens alle Erfordernisse eines Codicilles an sich trägt (§. 1514. S. 188 fgg.), so läßt sich eine übersichtliche Darstellung der einzelnen Anwendungsfälle der Codicillarclausel am passendsten an die Verschiedenheit der Gründe anschließen, aus welchen das fragliche Testament nichtig errichtet oder später hinfällig geworden ist, indem dann bei jedem einzelnen Grunde die Untersuchung mit darauf zu richten ist, ob in diesem Falle auch die zweite der obigen Voraussetzungen vorhanden ist und resp. vorhanden sein kann. Im Allgemeinen kann man nun zwar die Regel aufstellen: daß das Testament in allen denjenigen Fällen der Nichtigkeit aufrecht zu erhalten ist, in welchen es zu Recht bestehen würde, wenn es gleich von Anfang an als Codicill vom Erblasser gedacht und errichtet worden wäre [19]. Da aber hierbei doch nicht selten in der Natur der Sache liegende oder durch positive Vorschriften geschaffene Modificationen eintreten, und da über manche Fälle mehr oder minder bedeutende Streitfragen entstanden sind, so wird es nothwendig, die einzelnen Nichtigkeitsgründe unter dem angedeuteten Gesichtspunkte genauer durchzugehen. Ich werde hierbei gerade die Reihenfolge beobachten, in welcher Mühlenbruch früher [20] die einzelnen Nichtigkeitsgründe

sertat. ed. J. C. Fischer Jen. Lips. et Francof. 1775. Op. XVIII. p. 401 — 428.) Rob. Sickel Exercitatio de vi clausulae codicillaris in testamento nullo. Vergl. auch die in §. 1514. S. 184. Note 37 und §. 1515. S. 260. Note 34 angeführte Litteratur.

19) Vgl. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Thl. §. 527. Anm. 2.

20) Im 39. Thl. des Comment. §. 1426 fgg. S. 118 fgg.

der Testamente dargestellt hat. Wir haben hiernach folgendermaaßen zu entscheiden:

I. Das Testament kann wegen gleich von Anfang an vorhandener Mängel nicht zu Recht bestehen, und zwar:

A. wegen subjectiver Mängel, d. h. weil dem Erblasser die s. g. active oder den eingesetzten Erben die s. g. passive Testamentifaction fehlt. Gegen diese Mängel kann die Codicillarclausel keinen Schutz gewähren, weil auch zur Errichtung eines Codicills die active Testamentifaction erfordert wird (§. 1510. S. 30—73.) und nur derjenige mit einem Universalfideicommisse oder mit Singularvermächtnissen honorirt werden kann, welcher sich im Besitze der passiven Testamentifaction befindet [21]). Zwischen diesen beiden Fällen waltet aber doch ein nicht unbedeutender Unterschied ob. Wenn nämlich das Testament wegen Mangel der activen Testamentifaction nichtig ist, so kann keine einzige Bestimmung desselben als Codicillardisposition aufrecht erhalten werden [22]). Stürzt aber das Testament wegen fehlender passiver Testamentifaction über den Haufen, so können doch wenigstens diejenigen Verfügungen kraft der Codicillarclausel aufrecht erhalten werden, welche sich auf Personen beziehen, die sich im Besitze der passiven Testamentifaction befinden [23]).

Vgl. auch Mühlenbruchs Lehrbuch der Pandekten 3. Thl. §. 777.

21) §. 24. J. de legat. (II. 20.) Ulpiani Fragm. Tit. XXV. §. 6. Das Genauere darüber wird bei der Lehre von den Vermächtnissen in §. 1521. vorkommen.

22) Eine namentliche Anwendung hievon ist bei der querela inofficiosi testamenti gemacht. Siehe §. 1516 a. bei Note 2.

23) Siehe die Bemerkungen in §. 1515. S. 276. vgl. mit §. 1510. S. 73 fgg.

B. Der Mangel liegt in der Beschaffenheit der Willenserklärung.

1. Ist es hier die Freiheit und resp. Selbstständigkeit des Willensentschlusses oder der deutliche verständliche Ausdruck und resp. die Vollständigkeit der Willenserklärung, welche mangelt, so ist die Codicillarclausel ohne Wirkung, weil dies Mängel sind, welche jede Willenserklärung ohne Rücksicht auf die dafür gewählte Form, treffen. Hierher wurde namentlich der Fall gerechnet, wenn der Erblasser die zum Testamente bestimmte, mit der Codicillarclausel versehene Urkunde erst später als Testament solennisiren lassen wollte, dies aber aus irgend einem Grunde unterblieben war. Die hierauf bezüglichen Beweisstellen sind bereits in einem andern Zusammenhange auf S. 200 erläutert, und bedürfen hier um so weniger einer weitern Besprechung, da bereits Mühlenbruch diesen Fall eines testamentum imperfectum, gerade mit Rücksicht auf die Codicillarclausel, auf das Gründlichste und Ueberzeugendste behandelt hat[24]).

2. Liegt dagegen bei sonst vollendeter Willenserklärung ein Mangel der äußern Form vor, so wird das Testament als Codicill aufrecht erhalten, insofern wenigstens die Erfordernisse der Codicillarform gewahrt sind. Dies war für das classische Recht von der größten Wichtigkeit, weil die Codicille damals in einer einfachen schriftlichen Willenserklärung bestanden. (§. 1512. S. 339—365.) Nach dem neueren Rechte kann dies natürlich nicht mehr genügen; alle hierauf bezüglichen Stellen der Pandekten und des Codex sind daher in ihrem ursprünglichen Sinne nicht mehr anwendbar. Die Codicillarclausel kann vielmehr in dieser Beziehung heutzutage

24) Im 38. Thl. des Comment. §. 1430. S. 402—445, insbesondere S. 405. 407.

nur noch einen Mangel in der Zahl der Zeugen, insofern zu dem Testamentsacte nur 6 oder 5 fähige Zeugen zugezogen sind, und nach der gewöhnlichen Ansicht auch den Mangel der Siegel dieser Zeugen bei dem schriftlichen Codicille ersetzen. Nimmt man freilich noch andere formelle Unterschiede zwischen Testament und Codicill an, z. B. daß auch Frauen bei einem Codicille Zeugen sein könnten (§. 1513 a. S. 435 — 452.), daß die Rogation der Zeugen nicht nothwendig sei (§. 1513. S. 421—434) u. s. w., Ansichten, die in frühern Zeiten vielfach verbreitet waren, so würde die Codicillarclausel in Beziehung auf die Form der letzten Willenserklärung allerdings einen bei weitem größeren Wirkungskreis erhalten[25].

Daß übrigens die Codicillarclausel bei privilegirten Codicillen in dieser Beziehung unwirksam sei, ist bereits in §. 1514a. auf S. 258 bemerkt worden.

3. Ist das Testament dadurch unvollständig, daß es an aller Erbeinsetzung fehlt[26], so steht der Wirksamkeit der Codicillarclausel rücksichtlich der sonstigen Bestimmungen des Testaments, so weit sie durch Codicille realisirt werden können, natürlich kein Hinderniß im Wege[26a].

25) Mehrere Juristen der früheren Zeit haben sich vielleicht gerade deshalb zu der Annahme verleiten lassen, daß die Codicillarclausel nur ausschließlich bei Formmängeln zur Anwendung kommen könne. Allein von einer solchen durch die Natur der Sache gar nicht gerechtfertigten Beschränkung findet sich nirgends eine Spur; im Gegentheil wird die Wirksamkeit der Codicillarclausel auch bei dem testamentum destitutum ausdrücklich anerkannt. Siehe die unter II. 3. folgenden Ausführungen.

26) Siehe Mühlenbruch a. a. O. §. 1430. S. 414.

26a) Dem Titel nach könnte man hieher rechnen: Abr. Kaestner Progr. de clausula codicillari defectum omissae heredis institutionis non supplente. Lips.

C. Die Mängel des Inhalts, wie wenn z. B. der letztere unausführbar, oder, wie bei den captatorischen Verfügungen, mit gesetzlichen Vorschriften unvereinbar ist, können der Natur der Sache nach durch Verwandlung des Testaments in ein Codicill nicht beseitigt werden. Der Codicillarclausel muß daher nach dieser Richtung hin jede Wirksamkeit abgesprochen werden. Ob auch die von Mühlenbruch hierher gezogenen Rechtsverhältnisse bei Verletzungen des Notherben- und Pflichttheilsrechts hieher gehören, wird im folgenden Paragraphen besonders untersucht werden.

II. Das Testament ist gültig errichtet, wird aber später ungültig, d. h. irritum, ruptum oder destitutum [27].

1. Wenn das Testament irritum wird [28]), so kann die Codicillarclausel keine Wirkung ausüben, denn es handelt sich dabei um eine für die Vergangenheit wirkende Folge des Verlustes der s. g. activen Testamentifaction. Alles was aber hinsichtlich der activen Testamentifaction festgesetzt ist, bezieht sich stets gleichmäßig auf Testamente wie auf Codicille (§. 1510. S. 30 — 73.). Es kann daher in diesem Falle unmöglich eine Ausnahme gemacht werden, es muß vielmehr gerade so, wie in dem Falle unter I. A. bei gleich Anfangs fehlender activer Testamentifaction gehalten werden.

Wenn freilich die Umstände sich später so verändern, daß das irritum gewordene Testament nach Civilrecht, wie z. B. jure postliminii resp. durch die fictio legis

1729. Allein der Verfasser handelt nur von dem Einflusse der Codicillarclausel bei Präterition der Notherben.

27) Siehe Mühlenbruch a. a. O. §. 1426. S. 124. Note 79.

28) Ueber den Begriff und die einzelnen Fälle siehe Mühlenbruch §. 1433. S. 10 — 38.

Corneliae, oder nach prätorischem Rechte vermöge einer **bonorum possessio secundum tabulas** zu Kräften kommen könnte [29]), so würde allerdings der Codicillarclausel eintretenden Falls, insofern der Wirksamkeit des Testaments ein anderer, und zwar ein solcher Grund, welcher die Anwendung der Codicillarclausel nicht ausschließt, entgegenstände, ihre gewöhnliche Wirkung nicht zu versagen sein. Wenn also z. B. ein römischer Bürger nach Errichtung eines mit der Codicillarclausel versehenen Testamentes in Kriegsgefangenschaft gerieth und darin starb, so würde, wenn der eingesetzte Universalerbe die Erbschaft nicht erwerben konnte oder wollte, das Testament als Intestatcodicill aufrecht zu erhalten gewesen sein, indem die **fictio legis Corneliae** auch auf die Intestaterbfolge erstreckt wurde [30]). Dasselbe muß natürlich auch in dem Falle behauptet werden, wenn das Testament durch spätere Arrogation des Erblassers **irritum** geworden, der Letztere aber nach der durch den Tod seines **pater arrogator** wieder erlangten activen Testamentifaction verstorben ist. Da aber Papinian in der §. 1513 g. S. 163—166. erläuterten **L. 11. §. 2. D. d. b. p. s. t. (XXXVII. 11.)** in diesem Falle, um die **bonorum possessio secundum tabulas** den Civilintestaterben gegenüber zu einer **bonorum possessio cum re** zu machen, eine Bestätigung des Testamentes durch irgend eine Willenserklärung verlangt [31]), so müssen wir consequenterweise

29) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 24—35.

30) Siehe Mühlenbruch a. a. O. S. 23.

31) v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2. Th. §. 458. Anm. hat nach dem Vorgange von Fabricius Ursprung und Entwickelung der **bonorum possessio** S. 135 fgg. die Behauptung aufgestellt, daß die **bonorum possessio secundum tabulas**, trotz der Bestätigung, dem mit der **hereditatis petitio** auftreten-

den Beweis einer solchen bestätigenden Willenserklärung auch von denjenigen verlangen, welche das Testament als

den heres legitimus gegenüber eine bonorum possessio sine re bleibe, indem die Bestätigung dem eingesetzten Erben nur beim interdictum quorum bonorum zum Siege verhelfe. Papinian behandle in der angeführten Stelle nur diesen Proceß über das interdictum quorum bonorum. Diese Interpretation ist indessen augenscheinlich verfehlt. Denn wenn Papinian auch zunächst von dem interdictum quorum bonorum und der dagegen vorgeschützten exceptio doli redet, so geht doch aus seinen Entscheidungsgründen klar hervor, daß er das Testament, in Folge der bestätigenden Willenserklärung, als in seiner urspünglichen Kraft wieder hergestellt betrachtet. Er sagt ja ausdrücklich: voluntas quae defecerat judicio recenti rediisse intelligitur. Dies konnte er unmöglich sagen, wenn er von der Ansicht ausgegangen wäre, daß die Intestaterben mit der hereditatis petitio dem eingesetzten Erben, trotz der Bestätigung, die Erbschaft evinciren könnten. Ja der in den folgenden Worten hinzugefügte Vergleich: non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret, deutet eben so entschieden darauf hin, daß nunmehr das erste Testament nach prätorischem Rechte mit der Wirkung gelten muß, als wenn die späteren Umstände, wodurch das erste Testament seine Kraft verlor, nicht eingetreten wären. So wenig wir in diesem zweiten Falle den Civilintestaterben die Erbschaft definitiv zuwenden dürfen, so wenig sind wir dies für den ersten Fall zu thun berechtigt. Mit Recht hat sich daher auch Leist die bonorum possessio 2ter Bd. 1ste Abth. S. 273. 2te Abth. S. 303 fgg., insbesondere S. 304. Note 5. a. E. gegen diese Fabricius-Vangerowsche Ansicht erklärt.

Intestatcodicill zu ihren Gunsten geltend machen, indem sie widrigenfalls durch die exceptio doli zurückgewiesen werden könnten, weil der Erblasser selbst durch die Arrogation die Aufhebung seines Testamentes herbeigeführt hat und sie insofern contra voluntatem des Erblassers klagen [32]).

2. Das Testament wird ruptum entweder durch agnatio postumi oder durch ein neues Testament, resp. Verbal- und Realrevocation. Da der erste Fall in einem anderen Zusammenhange im nächsten Paragraphen behandelt werden wird, so bleibt uns hier nur der zweite Fall zu erörtern übrig. Wenn nämlich der Erblasser zwei Testamente errichtet, dem ersten die Codicillarclausel hinzugefügt, in dem zweiten aber sich nicht darüber erklärt hat [33]), ob das frühere als Codicill gelten soll oder nicht, so wird zwar das frühere Testament durch das spätere rumpirt [34]); allein es entsteht dabei die Streitfrage: ob das erste Testament, kraft der darin enthaltenen Codicillarclausel, als testamentarisches Codicill, mit und neben

32) Vgl. L. 1. §, 8. D. *si tabulae testamenti nullae* (XXXVIII. 6.) L. 4. §. 10. D. *de doli mali exc.* (XLIV. 4.) und Mühlenbruch im 38sten Th. des Comm. §. 1459. S. 259—261. S. 323—334.

33) Liegt eine solche Erklärung vor, so ist die Entscheidung nicht zweifelhaft. Wenn nämlich der Erblasser in dem zweiten Testamente erklärt, daß das erste Testament als Codicill gelten soll, so gilt es kraft dieser Erklärung (§. 1515. S. 265. B. 1.), nicht aber kraft der dem rumpirten Testamente hinzugefügten Codicillarclausel. Erklärt er aber, daß es nicht als Codicill gelten soll, so ist damit die voluntatis quaestio durch die beste Quelle gelöst.

34) Siehe Mühlenbruch im 38sten Th. des Comment. §. 1430. S. 335 fgg.

dem zweiten Testamente ins Leben tritt oder nicht? Während die meisten Schriftsteller [35]) dies verneinen, haben Einige [36]) nicht ohne Schein die Frage bejahet, weil der vorliegende Fall unter die allgemein lautenden Worte der dem ersten Testamente hinzugefügten Codicillarclausel subsumirt werden müsse [37]). Man darf sich hiergegen nicht, wie dies bisher immer geschehen ist, darauf berufen, daß

35) *Fabius* Turretus l. c. Qu. 52 und 53. Henne l. c. §. 5. Hommel Rhaps. Quaest. Obs. 700. nr. 11. Hellfeld l. c. §. XXXIII. Haubold ad Bergeri Oecon. jur. Lib. II. Tit. IV. Thes. XXII. not. 9. (ed. Haub. p. 418.) Thibaut System des Pandektenrechts §. 936. not. h, v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts V. §. 116. not. l. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's röm. Privatrechte 5ter Bd. §. 932. S. 386. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen 1ster Bd. S. 54. c.— v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 527. Anm. 2. Nr. 3. Br. Schilling Pandektenrecht §. 569. S. 605. v. Holzschuher Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts S. 806 zu Fr. 5. Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 709. Anm. 10. Nr. 3. Tauchert l. c. Cap. IV, §. 5.

36) *H.* Giphanius Explanatio leg. difficil. Cod. ad L. ult. C. h. t. T. II. p. 136. Struv Syntagma jur. civ. Exerc. XXXIV. Th. 65. Berger Oeconomia juris Lib. II. Tit. IV. Thes. XXII. not. 9.

37) Berger l. c. macht auch noch das arg. L. 2. C. h. t. geltend. Allein dieses Rescript enthält keine Sylbe von unserm Falle, sondern nur den bekannten Rechtssatz, daß der Testator den eingesetzten Erben durch ein späteres Codicill mit einem Universalfideicommisse belasten, und daß dies nicht als eine ademtio hereditatis betrachtet werden könne. Vgl. §. 1511. S. 91 fg.

durch ein neues Testament das alte mit allen darin enthaltenen Bestimmungen aufgehoben werde[38]), folglich auch mit der demselben einverleibten Codicillarclausel. Denn ein solcher Grundsatz kann der Natur der Sache nach nur von denjenigen testamentarischen Bestimmungen gelten, welche gerade für den Eintritt der durch das neue Testament beseitigten testamentarischen Erbfolge aus dem alten Testamente bestimmt waren. Wie kann aber das neue Testament durch seine bloße Existenz eine Bestimmung beseitigen, welche, wenn wir uns an den allgemeinen Wortlaut halten, auch mit für den Eintritt dieser neuen testamentarischen Erbfolge bestimmt ist? Wir müssen daher einen andern Weg der Argumentation einschlagen. Dies geschieht aber, sobald wir, vermöge einer Restrictivinterpretation der allgemein lautenden Worte der Codicillarclausel, annehmen, daß der Erblasser von Anfang an nicht die Absicht gehabt hat, die Codicillarclausel auch für diesen Fall wirken lassen zu wollen. Wir können nämlich mit Sicherheit annehmen, daß derselbe, durch Hinzufügung der Codicillarclausel dem Testamente nur Schutz gegen solche Umstände hat verleihen wollen, welche dasselbe unabhängig von seinem Willen vernichten. Es ist nicht wohl denkbar, daß er das Testament im Voraus gegen seine eigenen spätern Handlungen habe in Schutz nehmen wollen. Ein solcher Schutz wäre auch etwas durchaus Ueberflüssiges. Denn der Erblasser hat es ja in seiner Hand, das ältere rumpirte Testament in jedem Augenblicke durch eine gehörige Erklärung, in oder außerhalb des neuen Testaments, in ein Codicill zu verwandeln. So sind wir gewiß mit dem vollsten Rechte zur Vornahme einer Restrictivinterpretation befugt[39]).

38) Die Beweisstellen siehe in §. 1514. S. 505. Note 12.

39) Hellfeld l. c. hat die diesseitige Ansicht etwas anders zu begründen gesucht. Er geht nämlich davon aus,

Ein directerer Beweis für die diesseitige Ansicht läßt sich übrigens nicht führen. Hin und wieder [40]) hat man sich zwar auf den Rechtssatz bezogen, daß ein früheres militärisches Testament durch ein späteres vollständig beseitigt werde [41]) und dies als unmittelbar entscheidend für unsere Frage betrachtet, weil in dem militärischen Testamente die Codicillarclausel stillschweigend ergänzt werde. Diese Argumentation kann aber deshalb

daß der Erblasser, indem er seinem ersten Testamente die Codicillarclausel hinzufügte, nur an die Intestaterben, als die eventuell Honorirten, habe denken können, und daß daher arg. L. 11. L. 12. D. *h. t.* L. 19. pr. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) die etwaigen künftigen testamentarischen Erben nicht gebunden seien. Allein die angeführten Beweisstellen beziehen sich auf den von dem vorliegenden verschiedenen Fall der Onerirung bestimmter Personen, und ein Intestatcodicill, in welchem nicht bestimmte Personen namentlich onerirt sind, verwandelt sich ja mit der späteren Errichtung eines Testamentes in ein testamentarisches Codicill (§. 1511a. S. 194.). Diese Argumentation kann ich daher nicht als entscheidend gelten lassen. — Am nächsten der diesseitigen Ansicht steht Meier a. a. O., indem er in dem vorliegendem Falle der Codicillarclausel jede Wirkung mit den Worten: „denn die Absicht des Testirers ist eben so sehr wie die Strenge des Rechts gegen eine solche Ausdehnung einer ursprünglich immer nur als Ausnahme zu betrachtenden Erhaltung" abspricht. Allein wegen der allgemein lautenden Worte der Codicillarclausel steht hier nicht eine Extensiv-, sondern eine Restrictivinterpretation in Frage.

40) Vgl. Berger l. c.

41) L. 19. pr. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) Vgl. dazu die Bemerkung in §. 1515. S. 266. Note 51.

nicht gebilligt werden, weil auch militärische Testamente ohne Erklärung des Erblassers nicht in Codicille verwandelt werden. (§. 1514 a. S. 252 — 254.)

Was bisher von der Ruption eines älteren Testamentes durch ein jüngeres gelehrt worden ist, muß begreiflicherweise in demselben Maaße gelten, wenn das alte Testament bloß durch eine in der gehörigen Form vorgenommene Verbalrevocation aufgehoben wird, und eben so muß man consequenterweise für die Realrevocation durch Zerstören, Durchstreichen u. s. w. den Grundsatz aufstellen, daß diejenigen Bestimmungen, welche durch die Realrevocation beseitigt werden, auch nicht als Codicillardispositionen gelten können [42]).

3. Das Testament wird destitutum [43]). Hier steht der Wirksamkeit der Codicillarclausel nach allgemeinen Gründen kein Hinderniß im Wege. Wir haben schon oben in §. 1511 a. S. 163 fg. einen Fall kennen gelernt, wo Jemand seinen zum Universalerben eingesetzten Bruder in einem Codicille für den Fall, daß er sein Intestaterbe werden sollte, also für den Fall des testa-

42) Ueber diese Verbal- und Realrevocation vgl. Mühlenbruch im 38sten Thl. des Comment. §. 1429. S. 250 fgg. und im 39sten Thl. §. 1434. S. 78 fgg.

43) Auf diesen Fall beziehen sich: *C. W.* Küstnerus et *J. W.* Richter Diss. de legatis ex testamento, cui clausula codicillaris inest, destituto non praestandis. Lips. 1746. (Eine juristische Dissertation von zwei Verfassern zugleich, was an die neueren französischen Vaudevilles erinnert, gehört unter die literarischen Raritäten!) Hiergegen erschien: * *J. T.* Seger vis et facultas clausulae codicillaris in testamento destituto. Lips. 1767. Elvers Allgemeine juristische Zeitung 3ter Jahrg. (1830.) Nr. 59. S. 235 — 237. „Von der Wirkung der Codicillarclausel auf ein testamentum destitutum."

mentum destitutum, um die Auszahlung verschiedener Fideicommisse gebeten hatte, und Ulpian dies als vollkommen zulässig ansieht[43a]). Wir besitzen aber auch außerdem noch besondere Beweisstellen im Codex, zunächst folgendes Rescript der Kaiser Sever und Antonin[44]): **Quum proponas, hereditatem ejus aditam non esse, a quo tibi fideicommissariam libertatem relictam dicis, et ab intestato alium, quam qui scriptus est, hereditatem possedisse, si non a legitimo quoque herede fideicommissaria libertas repetita est, nullo jure praestari eam ab eo, qui rogatus non est, desideras. Plane si pecunia acceptâ heredem institutum omisisse hereditatem docueris, libertatem tibi praestare cogetur.** Das Testament, in welchem dem Quärenten die fideicommissarische Freiheit hinterlassen war, wurde, obgleich es formell gültig errichtet war, durch die Ausschlagung von Seiten des eingesetzten Erben destitut. In diesem Falle sollen die Intestaterben nur dann verpflichtet sein, die fideicommissarische Freiheit zu präſtiren, wenn die Bestimmungen des **edictum si quis omissa causa** Platz greifen, d. h. wenn die Intestaterben selbst im Testamente zu Erben eingesetzt waren, und **in fraudem** der Vermächtnisse und Freiheitsertheilungen[45]) die Erbschaft ausgeschlagen, oder wenn die testamentarischen Erben von den Intestaterben Geld für die Ausschlagung der Erbschaft empfangen haben[46]), oder aber wenn die Codi-

43a) L. 6. pr. D. *si quis omissa causa.* (XXIX. 4.)

44) L. 1. C. *de fideicomm. libert.* (VII. 4.)

45) Das edictum si quis omissa causa wurde auch auf Freiheitsertheilungen angewendet. L. 22. pr. D. *si quis omissa causa.* XXIX. 4.) L. 2. C. *si omissa causa.* (VI. 39.)

46) Vgl. Mühlenbruch im 43sten Thl. des Comment. §. 1504. S. 456. Nr. 5.

cillarclausel hinzugefügt ist. Denn wenn auch mit den Worten des Rescriptes: si non a legitimo quoque herede fideicommissaria libertas repetita est, zunächst nur eine namentlich an die Intestaterben gerichtete Bitte gemeint ist, so muss doch auch der in den üblichen allgemeinen Ausdrücken abgefassten Codicillarclausel dieselbe Wirkung zugeschrieben werden, indem dadurch, nach den Ausführungen auf S. 204 fg. implicite auch die etwaigen Intestaterben ersucht werden, die Bestimmungen des Testamentes auf dem Wege der Fideicommisse zu realisiren.

Derselbe Rechtssatz liegt ferner folgendem, von den Glossatoren für sehr schwierig erklärten und umständlich erläuterten Rescripte der Kaiser Valerian und Gallienus[47]) zu Grunde.

Eam[48]) quam frater tuus instituerat, sive quaesita sive non quaesita hereditate decesserit, quum tamen simpliciter[49]), antequam duodecimum aetatis annum implevisset, verbis precariis[50]) testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos, nihil prohibet fideicommissum petere vel ab ipsius heredibus vel ab his qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quae in testamento relinquuntur, si ex testamento non videatur hereditas, non valere, quum verbis relicta directis adiri putuit hereditas, non quum illa ipsa sic data est, ut esset

47) L. 14. C. de fideicommissis. (VI. 42.)

48) Die richtigere, schon in der Glosse erwähnte Lesart ist Ea. Denn Eam lässt sich grammatisch nicht zu decesserit und wegen des Zusammenhangs nicht zu petere construiren, indem letzteres sich auf die Substitution der Adoptivtochter bezieht.

49) Hinter simpliciter ist aus dem Vorhergehenden: si decessisset in Gedanken zu ergänzen.

50) Die Bamberger Handschrift liest: precatoriis.

ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes asseverationem tuam, quasi scripta heres non fuerit jure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit, et consequenter ipsius heredes petitioni fideicommissi respondere coguntur.

Allein die Stelle bietet, sobald man sie nur aufmerksam zergliedert, keine irgend erheblichen Schwierigkeiten dar. Der Bruder des Quärenten hatte seine unmündige Adoptivtochter zur Universalerbin eingesetzt und für den Fall ihres während der Unmündigkeit erfolgenden Todes eine s. g. fideicommissarische Substitution, d. h. ein Universalfideicommiß, ohne einen bestimmten Onerirten zu nennen, also z. B. ungefähr auf folgende Weise: si filia intra pubertatem decedet, N. N. heredes esse volo[51]), oder bona mea ad N. N. pertinere volo angeordnet. Nachdem hierauf die ihn überlebende Adoptivtochter wirklich während der Unmündigkeit gestorben war, so nahm der Quärent als Intestat-Universalerbe die gesammte Erbschaft für sich in Anspruch, indem er die Adoption aus irgend einem, in dem Rescripte nicht näher angegebenen Grunde, als nichtig anfocht, der angeblichen Adoptivtochter daher ihre Qualität als sua heres des Erblassers bestritt, und demgemäß den Erwerb der Erbschaft von ihrer Seite in Abrede stellte. Er behauptete daher, daß das Testament destitut geworden sei und das darin ausgesetzte Universalfideicommiß ihn nichts angehe. Die Kaiser entschieden nun den Fall mit Berücksichtigung der verschiedenen Möglichkeiten.

In dem Schlußsatze Alioquin etc. sagen sie: Wenn die Adoption gültig gewesen und die Adoptivtochter als Mitglied der agnatischen Familie von dem Erblasser hinterlassen sei („in familia relicta"), so sei sie als sua

51) Vgl. die Erklärung der L. 13. §. 1. D. *h. t.* in §. 1511. S. 94. Note 43 und 44.

heres ipso jure seine Erbin geworden („**heres facta decesserit**") und habe ihre Erben mit der Verpflichtung hinterlassen, die von ihr erworbene Erbschaft ihres Adoptivvaters an die ernannten Universalfideicommissare herauszugeben.

In dem ersten und längsten Theile des Rescripts sprechen sich aber die Kaiser dafür aus, daß wenn auch die Adoption ungültig gewesen sei, das Universalfideicommiß doch ins Leben treten müsse. Wenn nämlich die vermeintliche Adoptivtochter die Erbschaft unter der **auctoritas** ihres Vormundes angetreten habe, d. h. wenn sie **quaesita hereditate** verstorben sei, so hätten ihre eigenen Erben [52]) das Universalfideicommiß zu gewähren; sei sie aber vor dem Erwerbe der Erbschaft, **non quaesita hereditate**, gestorben, so sei freilich durch ihren Tod das Testament destitut geworden und die Intestaterbfolge herbeigeführt. Allein dann seien auch die Intestaterben des Verstorbenen zur Ausantwortung des Fideicommisses verpflichtet. Denn der Rechtssatz, daß mit der Destitution des Testamentes alle darin enthaltenen Verfügungen hinfällig wurden [53]), wäre nur auf eine im Testamente angeordnete P u p i l l a r s u b s t i t u t i o n anwendbar gewesen (**quum verbis relicta directis adiri potuit hereditas**)[54]),

52) Weil ihre eigenen Erben erwähnt werden, so muß man in diesem Falle entweder mit Cujacius not 59. cit. eine Arrogation unterstellen, oder annehmen, daß der eigentliche Hausvater, welcher sie nichtigerweise in Adoption gegeben und folglich in seiner **patria potestas** zurückbehalten hatte, vor dem Erwerbe der Erbschaft gestorben war.

53) **L. 12. §. 5. D.** *de bonis libert.* **(XXXVIII. 2.) L. 20. pr. D.** *de b. p. c. t.* **(XXXVII. 4.)** Vgl. auch die Beweisstellen in §. 1514. S. 205. Note 12.

54) Diese Worte sind in W e s t p h a l s Werke über die Ver-

während das vorliegend für den Fall des während der Unmündigkeit erfolgten Todes simpliciter angeordnete Universalfideicommiß auch von den Intestaterben gewährt werden müsse. Auf den Worten: quum tamen simpliciter, antequam duodecimum aetatis annum implevisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos beruht daher die ganze Schwerkraft der Stelle. Bei den gewöhnlich üblichen Formeln für Fideicommisse rogo, peto u. s. w. wurde nämlich der Onerirte namentlich angeredet und gebeten, gewisse Bestimmungen im Testamente zu erfüllen. Kam es dann nicht zur testamentarischen, sondern zur Intestaterbfolge, so waren diese Fideicommisse hinfällig geworden [55]. Allein in dem vorliegenden Falle war die fideicommissarische Substitution so angeordnet, daß kein bestimmter Onerirter genannt war. Der Erblasser hatte vielmehr seinen Willen, daß die bestimmten Personen Universalfideicommissare sein sollten, simpliciter, d. h. schlechtweg, ohne Nennung eines Onerirten [56]), an die Bedingung geknüpft,

mächtnisse 2ter Th. §. 1589. S. 1086. unrichtig so ausgelegt: „wenn die Erbschaft dem Erben so verlassen ist, daß ganz speciell vorausgesetzt wird, er solle und werde die Erbschaft annehmen."

55) Vgl. besonders die Beweisstellen in §. 1514. S. 206. Note 13.

56) Das Wort simpliciter wird von Dirksen Manuale Latinitatis s. h. v. §. 2. mit Recht für gleichbedeutend erklärt mit: „Sine adjectione aut distinctione. Generaliter. Nude". Wie nun im vorliegenden Falle simpliciter substituere ein Substituiren schlechtweg, ohne Nennung der Onerirten, bedeutet, so findet es sich namentlich in L. 71. pr. D. *de leg. I.* und L. 66. §. 1. D. *de leg. II.* in einer sehr ähnlichen Bedeutung.

daß die Universalerbin während der Unmündigkeit versterbe. In dieser Allgemeinheit des Ausdrucks erblickten die Kaiser, wie dies auch in einem ähnlichen Falle von Julianus[57]) geschah, die Absicht, daß das Fideicommiß Jedem, der Erbe werden würde, auferlegt sei. Sie interpretirten mithin dasselbe so, als wenn der Erblasser gesagt hätte: quisquis mihi heres erit u. s. w.[58]), oder als wenn die Codicillarclausel ausdrücklich hinzugefügt worden wäre[59]).

Bei dieser Wirksamkeit der Codicillarclausel im Falle eines testamentum destitutum versteht sich übrigens von selbst, daß wenn die eingesetzten Erben nicht antreten können, z. B. weil sie durch den Tod hinweggefallen sind, oder die Erbfähigkeit verloren haben, von einer Conversion der Erbeinsetzungen in Universalfideicommisse nicht die Rede sein kann; daß aber die eingesetzten Erben, wenn sie die Erbschaft nur ausschlagen, ihren Erbtheil noch immer im Wege des Universalfideicommisses verlangen können[60]).

Wie übrigens mitunter auch die klaren Rechtssätze aus Neuerungssucht angegriffen worden sind, so ist auch

57) L. 47. §. 4. D. de fideic. libert. (XL. 5.)

58) Solche Formeln finden sich z. B. in L. 13. D. de inoff. test. (V. 2.)

59) Diese offenbar allein richtige Erklärung des obigen Rescriptes findet sich auch schon bei unseren nahmhaftesten Civilisten, so bei CUJACIUS Recitationes solennes in Codicem *ad* h. L. (in Opp. Lugd. Bat. 1614. T. III. p. 762.) *H.* DONELLUS Commentar in Codic. ad h. L. p. 533—537. H. GIPHANIUS Explanatio difficiliorum legum Codicis ad h. L. T. II. p. 156—163. Der Uebersetzer im deutschen Corpus jur. civ. 6ter Bd. S. 1026. N. 117 ist dem Cujacius gefolgt.

60) Vgl. die Bemerkungen in §. 1515. S. 276 fg.

die Wirksamkeit der Codicillarclausel für den Fall der Destitution von Küstner und Richter in der Note 43 angeführten Dissertation in Abrede gestellt worden. Der einzige Grund für diese paradoxe Behauptung besteht darin, daß die im Testamente enthaltene Codicillarclausel ein **codicillus a testato** sei und daher mit dem Testamente fallen müsse. Hierin liegt indessen eine mehr als leichtsinnige Begriffsverwechselung zu Grunde. Durch die Codicillarclausel sollen nämlich keineswegs Verfügungen für den Eintritt der testamentarischen Erbfolge aus dem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente geschaffen, sondern es soll gerade umgekehrt für den Fall des Nicht-Eintrittes dieser testamentarischen Erbfolge gesorgt, d. h. der Inhalt des Testamentes für diesen Fall in ein Codicill, sei dies ein Intestat- oder ein sich an ein anderes Testament anschließendes testamentarisches Codicill, verwandelt werden. Während das testamentarische Codicill mit dem Testamente steht und fällt, verhält es sich daher mit der Codicillarclausel gerade umgekehrt. Wenn nämlich das Testament als solches besteht, so bleibt die Codicillarclausel ohne Wirkung; fällt aber das Testament, so tritt die Codicillarclausel ins Leben. Die Verfasser haben übrigens ihren Irrthum einigermaaßen dadurch wieder gut gemacht, daß sie das Testament als Codicill doch aufrecht erhalten: **„si testator etiam de casu intestati disponit, ita ut injungat, et tum legata praestanda esse, atque heredum legitimorum fidei committit". (§. XV. p. 33.)** Sie hätten dabei nur bedenken sollen, daß dies in den meisten Fällen gerade der alleinige Sinn der Codillarclausel ist.

Die augenfällige Unbegründetheit dieser neuen Ansicht rief denn auch später die Gegenschrift von Seger hervor; mit dieser war aber auch der Streit abgethan,

indem in der späteren Literatur sich Alles gegen diese verwerfliche Ansicht erklärte [61]).

Von einer andern Seite her sind indessen neuerdings in dem S. 308. Note 43 citirten Aufsatze in Elvers juristischer Zeitung doch wieder Zweifel und Bedenken gegen die durchgreifende Wirksamkeit der Codicillarclausel bei den destituirten Testamenten erhoben. Zu denselben hatte folgender Rechtsfall die Veranlassung gegeben.

„Die kinderlosen Oberamtswundarzt H.schen Eheleute zu H. ließen unter dem 11. Dez. 1826 ihre je eigenhändig ge- und unterschriebenen, zwar von einander abgesonderten, aber in einem Paquete unter des Mannes Siegel verschlossenen letzten Willensverordnungen von Notar und Zeugen solennisiren, in welchem zunächst der Ehemann für den Fall, daß er vor seiner Ehefrau mit

61) Kind Quaestiones forenses T. I. Qu. 49. Höpfner Institutionencommentar §. 522. Anm. 2. a. C. Thibaut System des Pandektenrechts §. 936. not. l. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts V. §. 116. not. k. Mühlenbruch Lehrbuch der Pandekten 3ter Th. §. 785. Note 9. und im Comment. 39ster Th. §. 1433. S. 74. Note 95. Seuffert praktisches Pandektenrecht §. 602. Note 11. M. Valett prakt. Pandektenrecht §. 1185. Anm. 56. Mejer in der Fortsetzung von Schweppe's röm. Privatrechte §. 932. S. 384. Note 3. Roßhirt Vermächtnisse S. 54 d. v. Vangerow Leitfaden 2ter Th. §. 527. Anm. 2. S. 460. Br. Schilling Pandektenrecht §. 569. S. 605. Nr. 5. Sintenis praktisches gemeines Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 709. Anm. 10. Nr. 2. v. Hartitzsch Entscheidungen praktischer Rechtsfragen Nr. 87. S. 81. Wenn übrigens Mühlenbruch a. a. O. des Commentars den in Note 18 citirten Henne als Gegner anführt, so ist dies nach §. XI. dieser Dissertation völlig unbegründet.

Tode abgehen sollte, diese zur Erbin seines gesammten Verlaßthums einsetzte und sodann weiter bestimmte, daß nach deren Ableben das — was über Abzug einiger Legate von seinem Vermögen noch übrig sein würde, nach der Disposition seiner Frau — ihrem einzigen Erben Kaufmann K. zufallen solle.

In gleicher Art setzte seine Ehefrau ihren Ehemann zum Erben ein, verordnete sodann gleichfalls einige Legate und bestimmte in gleicher Art, daß nach der Disposition ihres Ehemanns K., ein Anverwandter von ihr, oder seine Kinder sie beerben sollten.

Dem Testamente war die Codicillarclausel angehängt.

Im J. 1828 starben beide Eheleute schnell nach einander — die Ehefrau zuerst, und fochten nunmehr die Intestaterben des Mannes das im Uebrigen fehlerfreie Testament des Wundarztes H. als destituirt darum an, weil die Voraussetzung, unter welcher H. den K. zum Erben benannt — überhaupt disponirt hatte, der Fall des Ueberlebens seiner Ehefrau, nicht eingetreten sei."

Der Verfasser geht bei der juristischen Beurtheilung mit Recht davon aus, daß K. von den Ehegatten nicht vulgariter substituirt, sondern nur zum Universalfideicommissar ernannt sei, daß daher das Testament des Ehemannes, in Folge des früher eingetretenen Todes seiner Ehefrau, als der von ihm eingesetzten Universalerbin, destitutum geworden, und demnach die Intestaterbfolge eingetreten sei [62]). Allein die Frage: ob K. jetzt kraft der Codicillarclausel die Erbschaft des Mannes als Universalfideicommiß von den Intestaterben verlangen könne? erscheint dem Verfasser in hohem Grade

62) Daran war freilich nicht wohl zu zweifeln, daß die Ehegatten, wenn sie sich die verschiedenen Eventualitäten klar gemacht hätten, den K. auch gewiß zu ihren Vulgarsubstituten ernannt haben würden.

bedenklich. Denn wenn der heres fiduciarius unter einer Bedingung eingesetzt werde, so sei genau genommen auch das ihm auferlegte Universalfideicommiß unter derselben Bedingung hinterlassen, weil der Universalfideicommissar dasselbe von den eingesetzten Erben erhalten solle, diese aber ohne die Existenz der Bedingung nicht Erben werden könnten. Wenn daher die fragliche Bedingung nicht eintrete, das Testament vielmehr destitut werde, so könne auch das Universalfideicommiß trotz der Codicillarclausel nicht aufrecht erhalten werden. Insofern sei es also unrichtig, wenn man in unbeschränkter Allgemeinheit lehre, daß die Vermächtnisse u. s. w. trotz der Destitution des Testamentes in Folge der Codicillarclausel aufrecht erhalten würden. Rücksichtlich des vorliegenden Falles kommt der Verfasser dann zu dem Schlusse, daß, da der Ehemann H. seine Ehefrau ausdrücklich nur für den Fall, daß er vor ihr mit Tod abgehen sollte, zur Erbin eingesetzt und mit dem Universalfideicommisse belastet habe, K. dieses Fideicommiß auch von den Intestaterben nicht verlangen könne, weil die Ehefrau zuerst gestorben und dadurch die auch für das Fideicommiß geltende fragliche Bedingung deficient geworden sei.

Gegen diese ganze Argumentation ist indessen Folgendes zu erinnern. Ein wirklich bedingtes Vermächtniß u. s. w. kann, wenn das Testament destitut wird, kraft der Codicillarclausel nur aufrecht erhalten werden, wenn die Bedingung zur Existenz gekommen ist; denn die Codicillarclausel hat nicht die Kraft, bedingte Vermächtnisse gegen den Willen des Erblassers in unbedingte zu verwandeln. Allein wenn nur die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung bei dem Vermächtnisse wiederholt wird, so ist das letztere, insofern sich keine entgegengesetzte Absicht des Erblassers nachweisen läßt, im juristischen Sinne

ganz wie ein unbedingtes zu behandeln, bei welchem die Todeszeit des Erblassers den dies cedens und die Erbschaftsantretung den dies veniens bildet. Denn die Wirksamkeit dieses Legates ist von keinem andern Umstande abhängig gemacht, als von welchem auch die Realisirung der unbedingten Vermächtnisse abhängt, nämlich von der Erbschaftsantretung. Die beigefügte Bedingung ist hier als Beschränkung des Erben, nicht aber der Legatare gesetzt, wenn sie auch natürlich mittelbar insofern von Einfluß auf das Recht der Legatare wird, als dieselben ihre Legate nicht eher erhalten, bis die Bedingung eingetreten und der Erbschaftserwerb vor sich gegangen ist. In diesem Sinne äußert sich Paulus im 2ten Buche ad VITELLIUM[63]) über einen solchen Fall folgendermaaßen: **Si sub conditione, qua te heredem institui, sub ea conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde hujus legati diem cedere, atque si pure relictum esset, quoniam certum esset, herede existente debitum iri; neque enim per conditionem heredum fieri incesta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc: *si heres erit dato*** [64]) und ganz übereinstimmend auch Gajus in libro singulari de casibus[65]) mit den Worten: **Aliquando accidit, ut sub conditione datum legatum purum intelligatur, veluti quod su eadem conditione relictum est, sub qua etiam heres alienus institutus est: item quod sub hac conditione relictum est: *si hereditatem adierit* etc.** Diese Auffassung der römischen Juristen ist dem Verfasser

63) L. 21. §. 1. D. *quando dies.* (XXXVI. 2.)

64) Ueber diesen Fall vgl. noch L. 3. L. 126. §. 1. D. *de leg. I.* L. 19. §. 1. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) L. 22. §. 1. D. *quando dies.* (XXXVI. 2.)

65) L. 107. D. *de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

ganz unbekannt geblieben. Er beruft sich statt dessen zweimal auf die **L. 13. §. 3. D.** *ad S. C. Trebellianum*, (**XXXVI. 1.**) eine Stelle, welche indessen für das Thema des Verfassers völlig nichtssagend ist, wenn nicht vielleicht die **L. 63. §. 7. D.** *ad S. C. Trebellianum* gemeint, und das erstere Citat nur vermöge eines Druckfehlers gesetzt ist. In dieser Stelle wird nämlich die Frage behandelt: ob der Fideicommissar den Zwang zur Antretung auch gegen den **sub conditione** eingesetzten **heres fiduciarius** ausüben könne? Der Jurist bejahet diese Frage für den Fall, daß die Erfüllung der Bedingung dem Fiduciar weder Kosten oder Mühe, noch eine moralische Ueberwindung verursache. Er verwirft dagegen ein solches Zwangsrecht, sobald die Bedingung **turpis** oder **difficilis** sei, und motivirt dies durch die Worte: **Aperte enim iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia. Sed et remitti eam ab initio visum est**[66]. **Plus enim tribui a praetore ei, qui fideicommissum petit, quam testator voluit absurdum est. Utique autem testator, nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, neque per hunc illi voluit restitui hereditatem.** Damit ist nun allerdings ausgesprochen, daß der Universalcommissar in einem solchen Falle den Fiduciar nicht zur Antretung der Erbschaft zwingen lassen könne, falls er nicht, wie wir aus **L. 31. §. 12. D.** *ad S. C. Trebell.* (**XXXVI. 1.**) ergänzend hinzufügen müssen, erbötig ist, die Bedingung, so weit dies möglich ist, statt

66) Ueber die vielfachen Emendationen dieses Satzes, welche erst bei der Lehre von den Universalfideicommissen genauer besprochen werden können, vgl. vorläufig Westphal Vermächtnisse 2ter Th. §. 1804. S. 1246. fg. und SCHULTING Notae ad Digesta ed. SMALLENBURG T. V. p. 612.

des Fiduciars zu übernehmen. Der Universalfideicommissar muß also die Existenz der Bedingung der Erbeinsetzung abwarten; sein Fideicommiß ist aber darum im juristischen Sinne doch in allen übrigen Beziehungen wie ein unbedingtes zu behandeln. Daher muß die Codicillarclausel, auch wenn das Testament wegen Deficienz der Bedingung destitut wird, dennoch die Wirkung haben, daß der nunmehr eintretende Erbe dieses Fideicommiß, wie jedes andere, einem unbedingt eingesetzten Erben unbedingt auferlegte Vermächtniß, zu erfüllen hat.

Wäre mithin in dem vorliegenden Rechtsfalle die Ehefrau unter einer wirklichen Bedingung eingesetzt, so wäre das Universalfideicommiß aus dem obigen Grunde doch als ein unbedingtes zu behandeln und dem Einflusse der Codicillarclausel, wie andere unbedingte Vermächtnisse, unterworfen. Allein die Ehefrau ist nicht einmal unter einer wahren Bedingung eingesetzt, wie der Verfasser des Aufsatzes selbst ganz richtig bemerkt. Denn wenn auch der Ehemann sie nur „für den Fall, daß er vor ihr mit Tod abgehen sollte, zur Erbin ernannt hat, so war damit ja nur eine s. g. **conditio juris sive tacita, quae vi ipsa inest** hinzugefügt[67]), indem die nothwendige Voraussetzung der Realisirung einer jeden Erbeinsetzung darin besteht, daß der Erblasser vor dem Erben verstirbt. Haben wir also eine juristisch unbedingte Erbeinsetzung vor uns, so kann noch um so weniger Zweifel darüber herrschen, daß die Intestaterben zur Erfüllung des Universalfideicommisses verpflichtet sind[68]). Der

67) Ueber diese conditiones tacitae vgl. Mühlenbruch im 41sten Th. des Comment. §. 1457. S. 67 fgg.

68) Bei dem besprochenen Rechtsfalle entsteht übrigens eine von dem Verfasser des gedachten Aufsatzes ganz übersehene andere interessante Frage. Das Universalfidei-

Grundsatz, daß die Codillarclausel, im Falle der Destitution des Testamentes, in Kraft trete, behält daher seine unerschütterliche Gültigkeit.

§. 1516 a.

Streitfragen über die Kraft der Codicillarclausel bei Verletzung der Notherben- oder Pflichttheilsrechte[69]).

Die in der Ueberschrift dieses Paragraphen angedeuteten Streitfragen sind bereits von Mühlenbruch an

commiß war nämlich dem K. erst nach dem Ableben der Ehefrau H. zugedacht. Da nun, nach den Ausführungen im Texte, die Intestaterben des Mannes, anstatt der schon vor ihrem Manne verstorbenen Ehefrau H., das Universalfideicommiß zu prästiren hatten, so mußte ferner die Frage aufgeworfen werden: haben die Intestaterben das Universalfideicommiß sofort oder erst bei ihrem Ableben zu prästiren? Ueber die in der Lehre von den Vermächtnissen in §. 1522 genauer zu erörternde, hierauf bezügliche Rechtsfrage vergl. vorläufig L. 77. §. 15. D. *de leg. II.*

69) *Abr.* Kästner Progr. de clausula codicillari defectum omissae heredis institutionis (nämlich eines Notherben, siehe S. 300 Note 26a.) non supplente. Lips. 1729.* *Siegm. Christ.* Deister Dissertatio de quaestione, utrum ex testamento rupto legata debeantur. Regiom. 1754. *Gottfr.* Bauer Progr. de effectu clausulae codicillaris contra testamentum ruptum. Lips. 1804 (auch in Desselben Responsa Nr. 154). R. Degener „Ueber die Wirkung der clausula codicillaris in Bezug auf eine nach Nov. 115 nichtige Erbeinsetzung in der Gießner Zeitschrift für Civilrecht und Civilproceß 18ter Bd. Nr. 13. S. 403—419. — Eine Dissertation von *Ch. A.* Breuning (Resp. *A. L.*

früheren Orten des Commentars berührt [70]); allein er wollte dort, wie er selbst sagt, hinsichtlich des Notherbrechtes nur einige Bedenken gegen den Satz äußern, daß ein nicht nach Vorschrift der Nov. 115 errichtetes Testament vermittelst der Codicillarclausel aufrecht erhalten werden könne, und behielt sich die genauere Ausführung für den gegenwärtigen Paragraphen vor. Kann nun gleich die Mühlenbruch'sche Argumentation nicht gebilligt werden [70 a]), so sind doch seine Bedenken in der Sache selbst theilweise wirklich begründet. Bei der Erörterung der hier einschlagenden Controversen muß aber das Recht vor und nach Nov. 115 getrennt werden, wobei zuerst die einzelnen Fragen nach dem Standpunkte unserer Quellen beantwortet, und sodann die abweichenden Ansichten einer genaueren Critik unterworfen werden sollen.

A. In dem Rechtszustande vor Nov. 115 traten bekanntlich

Noezold) Quaestio juris controversi, an rescisso testamento per querelam inofficiosi corruant codicilli testati. Lips. 1772 betrifft nicht die Codicillarclausel, sondern die Frage: ob mit der durch querela inofficiosi testamenti herbeigeführten Rescission des Testamentes, auch die testamentarischen Codicille rescindirt werden? Der Verfasser bejahet diese Frage für De- und Ascendenten nach dem ältern Rechte (§. VII), verneint sie aber nach Nov. 115 (§. VIII), während er sie für die Geschwister auch nach dem neuesten Rechte bejaht (§. IX). — Die in §. 1516. S. 296. Not. 18 angeführte Literatur erstreckt sich natürlich auch mit auf die hier zu behandelnden Streitfragen.

70) Im 35sten Bande des Comment. §. 1421 e. S. 364 —373, und im 37sten Bd. §. 1425 c. S. 368—373.

70 a) Siehe unten bei Note 34 der folgenden Centurie.

I. als Folgen des verletzten Notherbenrechtes[71]), nach Civilrecht, Nullität, Accrescenzrecht oder Ruption und nach prätorischem Rechte bonorum possessio contra tabulas ein. Für alle diese Fälle sind wir nun genau nachzuweisen im Stande, wie es mit der Codicillarclausel gehalten worden sei.

1. Die Nullität griff nach der Ansicht der Sabinianer Platz, sobald der Erblasser seinen filius suus präterirt, oder was diesem gleichstand, nicht rite instituirt oder exheredirt hatte; während die Proculianer in diesem Falle nur Ruption eintreten ließen, insofern der präterirte filius den Erblasser überlebte[72]). Justinian recipirte bekanntlich die Ansicht der Sabinianer[73]), indem er die Nullität sogar auf alle Fälle ausdehnte, wo ein zur Zeit der Testamentserrichtung bereits existirender Notherbe präterirt war[74]). Auf diesen Fall der Nullität bezieht sich nun folgende Stelle des zu den entschiedensten Sabinianern gehörenden Juristen Gajus[75]):

71) Ich behalte hier den auch von Mühlenbruch adoptirten zuerst von Francke in seiner Monographie über das Notherben- und Pflichttheilsrecht, Göttingen 1830, scharf durchgeführten Sprachgebrauch, nach welchem Notherben- und Pflichttheilsrecht zu trennen ist, bei.

72) Gaji Inst. Lib. II. §. 123. Vgl. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 16. Siehe Mühlenbruch im 36sten Th. des Comment. §. 1421. h. S. 310 fgg.

73) Pr. J. *de exhered. liber.* (II. 13) L. 4. C. *de liber. praeterit.* (VI. 28), und die bei Mühlenbruch a. a. O. S. 310. Not. 79 citirten Beweisstellen, welchen noch die L. 16. §. 1. D. *de vulg. et pupill. subst.* (XXVIII. 6.) hinzuzufügen ist.

74) L. 4. §. 1. C. *de liber. praet.* (VI. 28).

75) L. 2. D. *de leg. III.*

Ex[76] **filio praeterito, licet suus heres erit, fideicommissum relinqui non potest.**

Einem solchen präterirten Sohne kann also für den Fall, daß er Intestaterbe des Erblassers werden sollte, gar kein Fideicommiß auferlegt werden. Wenn dies nicht einmal ausdrücklich geschehen kann, so ist es natürlich auch nicht durch Hinzufügung der Codicillarclausel möglich. Sehen wir uns nach dem Grunde dieses Rechtssatzes um, so kommt uns dabei eine Constitution von Justinian, nämlich die **L. 31. C.** *de fideicommissis* **(VI. 42.)**, zu Hülfe, aus welcher hervorgeht, daß

2. auch bei der **bonorum possessio contra tabulas** der Contratabulant nicht mit Fideicommissen belastet werden konnte. Diese zu den quinquaginta decisiones gehörende[77] Justinianeische Constitution lautet folgendermaaßen:

Quidam filium suum a sacris paternis remisit[78]**),**

76) Haloander liest: A. — Die Präposition ex kann indessen hier, wie öfters, sehr wohl für a gebraucht sein. Vgl. z. B. L. 10. §. 1. D. *quib. mod. pign.* (XX. 6.) L. 28. D. *de probat.* (XXII. 3.) und die Wörterbücher von BRISSONIUS und DIRKSEN s. v. A. §. 1. — HOTOMANUS Observat. Lib. 8. Cap. 1. i. f. erklärt viel zu gezwungen das ex filio für: ex testamento, quo filius praeteritus est.

77) Daher wird sie auch in den neueren Commentaren zu den quinquaginta decisiones von *Edm.* MERILLIUS Exposit. in Decisiones JUSTINIANI Neapoli 1720. p. 97—99, und von J. J. OPPENRITTER Decisionum imperatoriarum Syntagma, continens quinquaginta Imp. JUSTINIANI Decisiones, Viennae Austriae 1735 p. 677—684 am ausführlichsten besprochen.

78) Ein bekannter Ausdruck aus der Phraseologie der späteren Kaiserzeit für: emancipiren.

et postea testamento condito eum praeteriit nullo ei penitus relicto, aliis heredibus derelictis, ipsum autem, quem neque heredem neque exheredem fecit, fideicommisso praegravavit. Quaerebatur, si utile esset hujusmodi fideicommissum? Tota igitur antiqua dubietate super hoc explosa nobis in hoc casu placuit, ut emancipatus, utpote injuria a patre adfectus, non compellatur fideicommissum a sua persona relictum praestare. Quod etiam in aliis personis, quas exheredari necesse est, locum habere censemus. (Prid. Kal. Mart. 531.)

In dem Falle, welchen Justinian hier entscheidet, hatte der Vater zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Sohn das fragliche Fideicommiß entrichten solle, wenn er vermöge der **bonorum possessio contra tabulas** oder **ab intestato** Erbe werden würde. Allein daß der Vater nur diese Fälle vor Augen gehabt haben konnte, ging ja ganz klar daraus hervor, daß der Sohn, wenn es zur testamentarischen Erbfolge gekommen wäre, leer ausgegangen sein und daher für diesen Fall nach dem Grundsatze, daß Niemand weiter onerirt werden kann, als er honorirt ist [79]), überall nicht hätte belastet werden können. Da nun gerade bei Fideicommissen mehr auf die **voluntas** als auf die **verba** des Erblassers gesehen wird [80]), so müssen wir offenbar annehmen, daß Justinian eben nur die Frage habe entscheiden wollen: ob der Vater den präterirten emancipirten Sohn für den Fall der **bonorum possessio contra tabulas** oder der **bonorum possessio intestati** mit einem Fideicommiß oneriren könne? Wir müssen dies um so mehr thun, da nach

79) Siehe die Beweisstellen in §. 1509. S. 4. Note 7.

80) Die Beweisstellen sind in §. 1511. S. 94. Not. 44 angegeben.

Justinians eigener Relation die von ihm entschiedene Frage eine wirkliche Streitfrage unter den früheren Juristen gewesen war, darüber aber, daß der Sohn in dem fraglichen Falle bei dem Eintritt der testamentarischen Erbfolge zur Zahlung des Fideicommisses nicht verpflichtet sein konnte, ein Streit nicht obgewaltet haben kann [81].

Denken wir uns daher die Rechtsfrage, wie sie so eben aufgestellt worden ist, so ließ sich zu Gunsten des Fideicommisses geltend machen, daß es dem Erblasser, welcher seine Intestat- und resp. Notherben durch ein gewöhnliches Intestatcodicill, vorbehältlich ihres Pflichttheils, mit Fideicommissen belasten durfte [82], eben deshalb auch gestattet sein müsse, dieselben Personen durch die Codicillarclausel eventuell für den Fall des Eintritts der Intestaterbfolge oder der **bonorum possessio contra tabulas** auf dieselbe Weise zu oneriren. Nichts desto weniger erklärt sich Justinian gegen das Fideicommiß, indem er dem Vater das Recht, den Sohn für solche Fälle zu oneriren, abspricht, weil derselbe seinem Sohne ein Unrecht zugefügt habe. Diese Entscheidung, welche natürlich auch von der Codicillarclausel in Beziehung auf den präterirten Sohn gelten muß, ist nun freilich keine nothwendige Consequenz aus irgend einem höheren Rechtssatze [83]. Allein es entspricht doch offenbar dem natür-

81) Ueber den von Donellus angenommenen vermeintlichen Zweifelsgrund vergleiche die Bemerkungen bei und hinter Note 25 der folgenden Centurie.

82) Vgl. §. 1511. d. S. 336.

83) Man könnte eine streng juristische Begründung dieser Entscheidung darin erblicken, daß, da der Erblasser die Intestaterben nur deshalb mit Vermächtnissen belasten durfte, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem (L. 8. §. 1. D. h. t. vgl. §. 1511. d. S. 306—322.), von einer

lichen Rechtsgefühle, daß der Sohn, welcher von seinem Vater auf solche lieblose Weise behandelt worden ist, nicht noch gezwungen wird, zur Ausführung des ihn so verletzenden väterlichen Willens mitzuwirken. Außerdem brachte die Entscheidung Justinians auch eine Harmonie in das Notherben- und Pflichttheilsrecht, welche wir ohne dies offenbar vermissen würden. Wenn nämlich eine Mutter ihren Sohn in seinem Pflichttheile verletzte, so hatte derselbe nach früherem Rechte ohne weiteres die **querela inofficiosi testamenti**, und war, wie wir unter **II.** noch genauer sehen werden, auch an die Codicillarclausel nicht gebunden. Wenn dagegen der Vater seinen Sohn hinsichtlich des Notherben- und Pflichttheilsrechts verletzt hatte, so konnte Letzterer nicht zu der subsidiären **querela inofficiosi testamenti** seine Zuflucht nehmen, sondern es traten die verschiedenen oben angegebenen Folgen der Verletzung des Notherbenrechtes ein. Sollte nun der Sohn dadurch, daß er an die Codicillarclausel gebunden wird, sich in diesem Falle schlechter stehen, als wenn er von seiner Mutter im Pflichttheile verletzt war? Nach der **naturalis ratio** müssen offenbar diese beiden Fälle ganz gleich behandelt werden, und diese Gleichstellung, für welche sich auch schon frühere Juristen

fingirten Einsetzung keine Rede sein könne, wenn in der Wirklichkeit ein Testament vorliege, in welchem der Sohn nicht eingesetzt ist, daß es also in diesem Falle an dem Fundamente fehle, auf welchem das Recht des Erblassers, seine Intestaterben zu oneriren, beruht. Allein daß an und für sich auch eine eventuelle fingirte Einsetzung ausreicht, geht ja klar aus der Zulassung der Codicillarclausel hervor, welche dennoch zur Geltung gelangt, auch wenn später andere Personen Erben werden, als welche in dem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente instituirt sind.

erklärt haben müssen, führte Justinian durch seine Entscheidung herbei [84]).

Die Justinianeische Verfügung darf aber natürlich nicht auf diejenigen Fälle übertragen werden, wo der Sohn im Testamente zum Erben eingesetzt war, später aber, commisso per alium edicto, bonorum possessio contra tabulas agnoscirt. Denn in diesem Falle ist der Sohn nicht injuria adfectus, und der ihm durch die bonorum possessio contra tabulas zugefallene Erbtheil konnte und mußte so behandelt werden, als wenn er ihm unmittelbar durch den Vater zugewiesen wäre, wie bereits bei Gelegenheit der Erklärung der **L. 126. pr. D.** *de leg. I.* in §. 1511 d. S. 311—319 genauer auseinander gesetzt worden ist.

Dagegen muß eine Belastung für zuläßig erklärt werden, wenn der Erblasser seinem präterirten Sohne auf sonstigem Wege letztwillig etwas zugewendet hat. Denn Justinian sagt ausdrücklich: **Quidam filium praeteriit . . nullo ei penitus relicto.** Da wir es hier mit einer Edictalconstitution zu thun haben, so

84) Durch ganz ähnliche Motive wurde Justinian auch zur Aufhebung des unter Nr. 3 zu berührenden Accrescenzrechtes bewogen, indem die präterirte Tochter, welche nur Anspruch auf das Accrescenzrecht hatte, sämmtliche Legate bezahlen mußte, während die exheredirte, mit der querela inofficiosi testamenti siegende Tochter hiervon frei war. Justinian sagt deshalb: nam quum ultimum adjutorium de inofficiosi querela positum est, et nemo ex alio ortus praesidio ad hanc decurrere possit, inventa fuerat filia praeterita minus habens quam filia exheredata. L. 4. pr. C. *de liber. praet.* (VI. 28.). So war in dem obigen Falle der von der Mutter präterirte Sohn besser gestellt, als der vom Vater präterirte.

dürfen wir diese Worte nicht für ein außerwesentliches Moment erklären, zumal Justinian bei einer ähnlichen Controversenentscheidung in **L. 24. C.** *de legatis* **(VI. 37.)** ausdrücklich hervorhebt, daß der vom Erblasser ernannte, aber aus dessen eigenem Vermögen nicht honorirte Pupillarsubstitut eines exheredirten Kindes selbst dann nicht mit einem Fideicommiß belastet werden könne, wenn der Erblasser dem Pupillen auch ein Legat oder Fideicommiß hinterlassen habe [85]. Da hier nun Justinian ausdrücklich voraussetzt, daß dem Sohne nichts hinterlassen ist, so müssen wir **argumento a contrario** annehmen, daß der präterirte Sohn wenigstens so weit onerirt werden könne, als er **titulo singulari** honorirt sei, natürlich mit der Beschränkung, daß er seinen Pflichttheil ungeschmälert erhalten muß [86].

Uebrigens darf man ja nicht übersehen, daß Justinian nur das Fideicommiß für nichtig erklärt, womit der präterirte Sohn selbst onerirt ist. Daraus folgt natürlich nicht, daß die einem solchen Testamente beigefügte Codicillarclausel in ihrem vollen Umfange nichtig sei. Sie hat vielmehr nur in Beziehung auf den präterirten,

85) Vgl. §. 15, 4 d. S. 311. Note 17.

86) Auf den ersten Anblick könnte man geneigt sein, den Sohn nur insoweit für onerirt zu erklären, als der Vater ihm etwas über den Pflichttheil **titulo singulari** hinterlassen hat. Allein dann hätte Justinian die Worte: **nullo ei pienitus relicto** durch den Zusatz: oder nicht mehr als den Pflichttheil, beschränken müssen. Da er dies nicht gethan hat, so muß der Sohn, welcher mit der **bonorum possessio contra tabulas** oder **intestati** seinen vollen Intestaterbtheil erhält, das Fideicommiß so weit präſtiren, als er im Testamente **titulo singulari** honorirt war, natürlich unbeschadet des Pflichttheils und resp. der **quarta Trebellianica**.

resp. nicht honorirten Sohn keine Wirkung; die sonstigen Erben dagegen, welche entweder kein Notherben- und Pflichttheilsrecht haben, oder welche der Erblasser in dieser Beziehung nicht verletzt hat, allerdings an dieselbe gebunden, indem kein Grund besteht, zu ihren Gunsten von dem allgemeinen Grundsatze abzuweichen, daß der Erblasser ganz im Allgemeinen seine künftigen Erben mit einem Fideicommisse belasten könne.

Am Schlusse der Constitution dehnt endlich Justinian das, was er bis dahin nur von dem präterirten, resp. nicht honorirten emancipirten Sohne festgesetzt hatte, auf alle übrigen Notherben (in aliis personis, quas exheredari necesse est) aus, so wie dasselbe vor ihm schon von einer Partei der Juristen, als deren Repräsentanten wir oben (S. 325) den Gajus kennen gelernt haben, geschehen war.

Hin und wieder hat man mit den bisher besprochenen Grundsätzen auch folgende Stelle aus dem 3ten Buche der Monographie des Paulus über die Fideicommisse [87]):

> Si patronus contra tabulas bonorum possessionem acceperit, quia eum praeteriit libertus, non cogetur vendere [88]) servum proprium, quem rogatus erat a liberto suo manumittere.

87) L. 31. §. 3. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

88) In den Worten: non cogetur vendere steckt eine, wie die Worte jetzt lauten, nicht zu lösende Schwierigkeit. Wenn nämlich der Patron gültig rogirt war, sein Sklaven freizulassen, so konnte Letzterer auf Freilassung klagen. Allein von einem Zwange, zu verkaufen, war doch dabei überall nicht die Rede. Die Glossa. *vendere* ad h. L. will entweder das Wort vendere als gleichbedeutend mit manumittere nehmen, oder den Fall unterstellen, daß ein Dritter gebeten sei, den Sklaven

in Verbindung gebracht. Allein die bonorum possessio contra tabulas des Patrons hat die Eigenthümlichkeit, daß sie sich nur auf den Pflichttheil, welcher früher freilich in der Hälfte der Intestaterbportion des Patrons bestand [89]), erstreckt, im Uebrigen aber das Testament bestehen läßt [90]), während die sonstigen zur bonorum possessio contra tabulas ingenui berufenen Personen dadurch mehr als ihren Pflichttheil, d. h. jedenfalls ihren vollen Intestaterbtheil erhalten. Daraus folgt, daß der Patron für den Fall der bonorum possessio contra tabulas überall nicht onerirt werden kann, indem widrigenfalls sein Pflichttheil belastet werden würde [91]). Mithin

an sich zu kaufen und freizulassen. Allein dieser zweite Erklärungsversuch verstößt gegen die nachfolgenden Worte: qui rogatus erat manumittere, und der erste scheitert daran, daß vendere und manumittere niemals identisch gebraucht werden. Eben so wenig befriedigt die Erklärung von SCHULTING Notae ad Digesta. T. VI. p. 274, welcher bei dem Worte vendere supplirt: heredi aut fiduciario. Allein von Miterben des Patrons ist ja gar keine Rede, und worin sollte denn der juristische Grund für einen solchergestalt zu erzwingenden Verkauf bestehen?

89) GAJI Inst. Lib. III. §. 41. ULPIANI Fragmenta Tit. XXIX. 1. Justinian setzte diesen Pflichttheil auf 1/3 herab in der restituirten L. 4. C. *de bonis libertorum* (VI. 4.)

90) Vgl. L. 10. pr. L. 16. §. ult. L. 34. L. 43. D. *de bonis libertorum*. (XXXVIII. 2.)

91) Aus demselben Grunde konnte der ab intestato erbende Patron nur rücksichtlich der Hälfte seiner Intestatportion und der im Testamente des Freigelassenen nur auf den Pflichttheil, d. h. die Hälfte seiner Intestatportion eingesetzte Patron gar nicht mit Fideicommissen belastet

gehört dieser Fall der bonorum possessio contra tabulas des Patrons gar nicht in die Kategorie der hier zu erörternden Fälle, in welchen es sich um die Frage handelt, ob ein präterirter Notherbe durch die Codicillarclausel rücksichtlich dessen, was er über seinen Pflichttheil empfängt, onerirt werden kann?

3. Ein eigenthümliches Accrescenzrecht, als Folge der Präterition, fand bekanntlich bei der filia und den Descendenten des zweiten und der folgenden Grade Statt, indem das Testament theilweise bestehen blieb, und die präterirten Notherben den eingesetzten Erben accrescirten [92], „ut eodem momento et testamentum patris quodammodo ex parte jure accrescendi evertat (sc. filia), et ipsa quasi scripta legatis supponeretur." Aus diesen Worten Justinians in der L. 4. C. cit. sehen wir, daß diese Klasse der Notherben die ihnen im Testamente auferlegten Lasten, natürlich unbeschadet des Pflichttheils, erfüllen mußte, daß dies aber in jedem Falle kraft Rechtsvorschrift und nicht erst in Folge einer etwa hinzugefügten Codicillarclausel, durch welche auch die ausgesetzten Legate nur als Einzularfideicommisse hätten aufrecht erhalten werden können, geschah. Dieser Zustand hat sich freilich durch die unter Nr. 2. erklärte L. 31. C. *de fideicommissis* (S. 325 fg.) geändert, indem wir keinen Grund haben, die hier in Frage stehende Klasse von Notherben von den allgemeinen Worten dieser Constitution: Quod etiam in aliis personis, quas exheredari necesse est,

werden. Siehe L. 114. §. 1. D. *de leg. I.* und L. 28. D. *de leg. II.* L. 3. §. 1. D. *si quis a parente.* (XXXVII. 12.)

92) Gaji Inst. Lib. II. §. 124. Ulpiani Fragm. Tit. XXII. §. 17. Pauli Sent. Rec. Lib. III. Tit. IV. B. §. 8. L. 4. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.)

locum habere censemus, auszunehmen [93]. Allein die Aenderung hat nicht lange gedauert, da Justinian nach einigen Monaten in der L. 4. C. cit. dieses ganze Accrescenzrecht, weil dadurch mehrere, durch keinen vernünftigen Grund zu rechtfertigende Verschiedenheiten in der Behandlung der verschiedenen Notherben herbeigeführt seien, aufhob, und diese Klasse der Notherben dem filius suus ganz gleichsetzte.

4. Auch über die Ruption haben wir an folgendem Fragmente aus Ulpians 5ten Buche über die Fideicommisse [94]:

> Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum esse constitit, neque directas libertates competere, neque fideicommissarias deberi, quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias reliquerit, satis constat,

einen ausdrücklichen Ausspruch der Quellen. Derselbe scheint freilich auf den ersten Anblick mit den bisher besprochenen Stellen nicht in Harmonie zu stehen, insofern man hieraus leicht den Rechtssatz ableiten könnte, daß die Codicillarclausel im Falle der Ruption eines Testamentes durch agnatio postumi ihre gewöhnliche Wirksamkeit ausübe. Unter dieser Voraussetzung bliebe nichts übrig als die Annahme, daß Ulpian zu denjenigen Juristen gehört habe, welche die Codicillarclausel auch zum Nach-

93) Ein Zweifel hieran wäre nur deshalb möglich, weil Justinian in der L. 4. C. cit. von diesem Accrescenzrechte gerade so redet, wie wenn damit durch die einige Monate vorher erlassene L. 31. C. *de fideicommissis* gar keine Aenderung vor sich gegangen wäre. Die weitere Verfolgung dieses Zweifels hat indessen wegen der Aufhebung des Accrescenzrechtes keine praktische Wichtigkeit mehr.

94) L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

theile der verletzten Notherben wirken ließen. Für das Justinianeische Recht wäre freilich damit nichts gewonnen; denn kraft des besprochenen Schlußsatzes der **L. 31. C.** *de fideicommissis* (S. 320.), welcher wegen der ganz allgemeinen Fassung auch mit auf die postumi bezogen werden muß, dürften wir dem Ulpianischen Fragmente doch nur historischen Werth beilegen. Allein die Stelle läßt sich mit dem Justinianeischen Rechte vollständig in Einklang setzen, sobald wir nur davon ausgehen, daß die postuma in dem von Ulpian behandelten Falle [95]) nicht die einzige Intestaterbin war. Dann konnten nämlich, nach den Bemerkungen auf S.330 fg., die Miterben der postuma gültigerweise onerirt werden, wenn auch die letztere ihren Intestaterbtheil frei von allen Lasten erhalten mußte. Bei einer letztwilligen Liberalität, deren Gegenstand ein theilbares Recht bildete, wäre dann theilweise Gültigkeit und theilweise Ungültigkeit eingetreten. Allein es handelt sich vorliegend um die libertas, also um etwas Untheilbares. Soll diese nun ganz gültig bleiben, oder ganz ungültig werden? Der bekannte favor libertatis [96]) sprach natürlich für das Erstere [97]). Um dies zu realisiren

95) Daß der Jurist einen bestimmten Rechtsfall behandelt, geht daraus hervor, daß er von einer postuma redet, indem er, wenn er eine allgemeine Rechtsregel hätte aufstellen wollen, nach dem Ausspruche: exemplo enim pessimum est foeminino vocabulo etiam masculos contineri der **L.** 45. pr. **D.** *de leg. II.* von einem postumus hätte reden müssen.

96) **L.** 20. **L.** 179. **D.** de **R. J.**

97) So wird auch die libertas präftirt, wenn ein Testament mit der querela inofficiosi testamenti, aber nur theilweise, rescindirt wird. **L.** 76. pr. **D.** *de leg. II.* **L.** 6. **D.** *de dot. collat.* (XXXVII. 7.) **L.** 29. pr. **D.** *de exc. rei judic.* (XLIV. 4.) **L.** 13. **C.**

ist aber ein doppelter Weg denkbar; entweder müssen dann nämlich alle Erben, also auch die **postuma**, die **libertas**, prästiren, oder nur die Miterben der **postuma** sind dazu verpflichtet, d. h. sie werden gezwungen, der **postuma** den Antheil derselben an dem Sklaven abzukaufen, und haben dann den in ihrem Alleineigenthume befindlichen Sklaven freizulassen. Beide Wege finden wir in einem ganz ähnlichen Falle eingeschlagen. Wenn nämlich ein Erblasser in einem an seinen einzigen damals lebenden Sohn gerichteten Intestatcodicille einem Sklaven die fideicommissarische Freiheit hinterließ, und dem Erblasser nach dessen Tode ein **postumus** nachgeboren wurde, so fragte es sich natürlich, wie es mit der Freiheit zu halten sei? Paulus theilt uns darüber im 3ten Buche seiner Schrift über die Fideicommisse [98]) folgendes kaiserliche Rescript mit: **Cum intestato moriturus fidei filii commisisset, ut servum manumitteret, et postumus ei natus fuisset, Divi fratres rescripserunt, quia dividi non potest, ab utroque praestandum**, während Papinian sich darüber in den folgenden, dem Pandektentitel **de codicillis** eingeschalteten Stellen also äußert:

L. 11. D. h. t. — Papin. Lib. 19. quaest. — Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis libertates dedit: nata post mortem patris filia, quum de ea nihil patrem sensisse constitisset, placuit, libertates a solo filio praestari posse.

L. 12. D. eod. — Idem Lib. 22 quaest. — redemtis a sorore partibus.

L. 13. D. eod. — Idem Lib. 19 quaest. —

de inoffic. testam. (III 28.) Vgl. auch eine ähnliche Entscheidung in L. 30. D. *de liberali causa.* (XL. 12.)

98) L. 31. §. 1. D. *de fideic. libert.* (XL. 5.)

Illud enim sine dubio dici non potest, etiam filiam manumittere cogendam, quum ab ea nihil pater petierit, et jure suo heres exstiterit.

In dem in allen diesen Stellen behandelten Falle würde ein theilbares Vermächtniß theilweise gültig und theilweise ungültig gewesen, ein sonstiges untheilbares Vermächtniß würde aber ganz ausgefallen sein[98a]). Allein die libertas soll dennoch, trotz ihrer Untheilbarkeit, aufrecht erhalten werden. Ueber dieses Resultat herrscht volles Einverständniß; nur über die Art und Weise der Realisirung der libertas haben wir hier verschiedene Ansichten vor uns.— Da Ulpian sich nun in unserer obigen Stelle über diesen Punkt nicht genauer äußert, so scheint er allerdings der einfachsten Ansicht, wie sie in dem obigen kaiserlichen Rescripte enthalten ist, zugethan gewesen zu sein, daß auch die postuma zur Manumission zu zwingen sei. Unter dieser Voraussetzung kann zu unserer **L. 24. §. 11. D.** *de fideic. libert.* gar keine passendere Analogie gefunden werden. In beiden Fällen ist die libertas ursprünglich gültig hinterlassen: in beiden würde sie wegen der Geburt des postumus nach allgemeinen Grundsätzen ungültig werden, indem sie nicht theilweise prästirt werden kann, der postumus aber in dem einen Falle deshalb, weil das Codicill an eine andere Person als Onerirten gerichtet war, in dem andern aber, weil er wegen der Präterition injuria adfectus war, zur Manumission seines Antheils nicht verpflichtet sein würde. Allein in beiden Fällen führt der favor libertatis zur Aufrechterhaltung der libertas. Die **L. 24. §. 11. D.** cit. ist demnach nur als eine durch den favor libertatis hervorgerufene Ausnahme von dem in **L. 31. C.** *de fideicommissis* ausgesprochenem Grundsatze zu betrachten.

Diese ganze Erklärung könnte freilich als divina-

98a) Siehe **L. 19 D.** *h. t.*

torisch bezeichnet werden. Allein abgesehen davon, daß auf diese Weise allein ein Widerspruch in den Quellen beseitigt werden kann, so haben wir auch für die Annahme, daß die postuma nicht die alleinige Erbin in dem von Ulpian behandelten Falle gewesen sei, einen hinlänglichen äußeren Grund darin, daß Ulpian von legitimi heredes redet, was er bestimmt nicht gethan haben würde, wenn die postuma die alleinige legitima heres gewesen wäre.

II. Wenden wir uns jetzt zu dem Pflichttheilsrechte [99]), so haben wir es dabei bekanntlich mit der querela inofficiosi testamenti zu thun. Diese Klage beruht aber auf dem s. g. color insaniae [100]). Wer mit der querela inofficiosi testamenti obsiegt, hat sich daher seinen Intestaterbtheil rechtsgültig durch die Fiction des Wahnsinns des Erblassers erstritten. Vermöge dieser Fiction braucht er natürlich auch die ihm namentlich oder kraft der Codicillarclausel auferlegten Lasten nicht zu erfüllen; denn ein furiosus kann auch kein Codicill hinterlassen [1]). So weit daher das Testament durch die que-

99) Von dem eigenthümlichen Pflichttheilsrechte des Patrons, welches aber nicht mit der querela inofficiosi testamenti, sondern durch bonorum possessio contra tabulas geltend gemacht wird, ist bereits beiläufig auf S. 331—333 gehandelt.

100) L. 2. L. 5. D. *de inoffic. testam.* (V. 2.) pr. J. *de inoffic. testam.* (II. 18.)

1) L. 5. C. *h. t.* Siehe §. 1510. S. 31 fg. Mühlenbruch im 35sten Th. des Comment. §. 1421 e. S. 364—373 ist freilich der Ansicht, daß sich hier aus dem color insaniae nicht argumentiren lasse, weil dieser keineswegs überall consequent durchgeführt sei, indem das Testament in vielen Fällen ja doch nur theilweise rescindirt werde. Allein Mühlenbruch hat nicht blos Claudius und Paulus, sondern auch die

rela inofficiosi testamenti rescindirt wird, so weit bleibt die Codicillarclausel ohne Wirkung [2]). Diese Behauptungen werden durch folgende zwei Stellen unzweideutig bewiesen:

L. 36. D. *de leg. III.* — Apud SCAEVOLAM Lib. XXIIII. Dig. CLAUDIUS notat. Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cujus de inofficioso testamento constitisset, quia

Grundsätze der Rechtskraft gegen sich. Denn der eingesetzte Erbe, welcher mit der querela inofficiosi testamenti vermöge der Fiction des Wahnsinns des Erblassers besiegt ist, konnte sich schon nach älterem Rechte deshalb nicht auf die Codicillarclausel berufen, weil er damit den entgegengesetzten Ausspruch, nämlich daß der Erblasser nicht wahnsinnig gewesen sei, verlangen würde und die Vermächtnißnehmer sind regelmäßig an den zwischen den Erbschaftsprätendenten geführten Proceß gebunden, so daß also auch ihnen der rechtskräftige Ausspruch der Fiction des Wahnsinns des Erblassers entgegensteht. Siehe L. 50. §. 1. D. *de leg. I*, L. 14. D. *de appellat.* (XLIX. 1.) L. 8. §. 16. D. *de inoffic. test.* (V. 2.) Vgl. L. 17. §. 1. D. *eod.*

2) Wird das Testament nur theilweise rescindirt, so erhält der Querulant seinen Intestaterbtheil zwar frei von Lasten; allein so weit das Testament bestehen bleibt, müssen natürlich die testamentarischen Auflagen erfüllt werden. Ueber die Ausnahmen zu Gunsten der libertas vgl. S. 335. Note 97. — Uebrigens konnte die Unwirksamkeit der Codicillarclausel in Folge des color insaniae möglicherweise andern Personen als den Querulanten zu gute kommen, wenn nämlich noch nähere Intestaterben vorhanden waren, welche den Sieg des Querulanten für sich, als nähere Intestaterben, geltend zu machen berechtigt waren. L. 6. §. 1. D. *de inoffic. test.* (V. 2.)

crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema ejus judicia valet.

L. 13. D. *de inoffic. test.* — SCAEVOLA Lib. III. Respons. — Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento ita cavit: „*Ea omnia quae supra dari fieri jussi ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestati. Item quae dari jussero, ea uti dentur fiantque fidei ejus committo.*" Quaesitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? Respondi: si hoc quaeratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit, respondi posse. PAULUS notat, probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi quasi a demente.

Beide Fragmente, untereinander verglichen, machen freilich den Eindruck, als ob Scävola die Codicillarclausel für gültig gehalten habe. Allein mag sich dies verhalten haben, wie es will, seine beiden Commentatoren Claudius und Paulus, erklärten sich, und gewiß mit mehr Recht, gegen die Wirksamkeit der Codicillarclausel, und ihr Ausspruch ist natürlich für die Justinianeische Legislation, welche die querela inofficiosi testamenti zwar mehr in den Hintergrund gedrängt, allein an ihrem materiellen Character, wo sie noch zur Anwendung kommt, nichts geändert hat, maaßgebend [3]).

3) Die querela inofficiosi testamenti ist bekanntlich durch Einführung der actio suppletoria und durch die Bestimmung, daß alle auf den Pflichttheil gelegte Lasten

In der neueren Zeit hat zwar v. Vangerow [4]) in einer ausführlicheren Argumentation bezweifelt, daß die gedachte Unwirksamkeit der Codicillarclausel auch noch nach dem Rechte des Codex angenommen werden dürfe. Denn nach Pandektenrecht seien Intestatcodicille, wegen Verletzung des Pflichttheils, vollständig rescindirt, weil Intestatcodicille bekanntlich so aufzufassen seien, wie wenn der Codicillant seine Intestaterben gleichsam zu Erben eingesetzt hätte; Testamente aber, in welchen die Pflichttheilsberechtigten zwar eingesetzt, der Pflichttheil aber durch Vermächtnisse verletzt sei, vollständig wirkungslos gewesen seien. In Folge der L. 30.[5]) und L. 32. C. *de inoffic. test.* (III. 28) sei es aber nicht zu bezweifeln, daß solche Codicille gültig blieben, und die Vermächtnißnehmer sich nur einen so großen Abzug gefallen lassen müßten, daß die Pflichttheilsberechtigten ihren Pflichttheil frei hätten. Wenn hiernach Intestatcodicille ungeachtet der Verletzung des Pflichttheils gültig seien, so müsse dasselbe auch eintreten, wenn die in einem pflichtwidrigen Testamente eingesetzten Erben sich für die Anwendung der Codicillarclausel entschieden und dadurch das Testament in ein Intestatcodicill umgewandelt hätten [6]).

nichtig sein sollen, in ihrer bisherigen Wirksamkeit sehr beschränkt worden, allein ohne alle Änderung an ihrem juristischen Character.

4) Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 527. Anm. 2. S. 457 fg.

5) Die L. 30. C. *de inoffic. testam.* (III. 28.) gehört übrigens gar nicht hieher, indem bei Intestaterben, welche kraft Gesetzes eine größere Quote erhalten als ihr Pflichttheil beträgt, eine actio suppletoria undenkbar ist.

6) Zum Schlusse bemerkt v. Vangerow noch, daß sich die fortwährende Gültigkeit jener Pandektenaussprüche höchstens durch eine streng buchstäbliche Auslegung der L.

Allein diese Argumentation ist Satz für Satz unrichtig. Denn Erstens: die Behauptung, daß ein Testament, in welchem die Pflichttheilsberechtigten zwar eingesetzt, der Pflichttheil aber durch Vermächtnisse verletzt war, vollständig wirkungslos gewesen sei, ist in dieser Allgemeinheit durchaus unhaltbar. Vangerow hat hierbei nicht erwogen, daß die querela inofficiosi testamenti subsidiärer Natur ist [7]), und daher nur in dem Falle Platz greifen kann, wo der Pflichttheilsberechtigte nicht schon durch die quarta Falcidia geschützt ist. Wenn daher die testamentarische Erbquote des Pflichttheilsberechtigten sich so hoch belief, daß der 4te Theil derselben den Pflichttheil überstieg oder demselben wenigstens gleich kam, so konnte der Pflichttheilsberechtigte das Testament mit der querela inofficiosi testamenti gar nicht anfechten. Dies ist in folgender Stelle des Paulus [8]) ausdrücklich anerkannt: Filius ex asse heres institutus

30. §. 1. C. *de inoffic. testam.* retten lasse, indem, wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterlassen sei: tunc vetera jura locum habere sancimus, nullam ex praesenti promulgatione novationem ... acceptura, mithin also auch die Codicillarclausel, wie nach den vetera jura, hinfällig sein müsse. — Nach den Bemerkungen im Texte brauchen wir aber diese Worte nicht zu Hülfe zu nehmen, obwohl sie die diesseitige Ansicht natürlich nicht unbedeutend unterstützen. Denn wäre mit der querela inofficiosi testamenti in diesem Punkte eine Aenderung vor sich gegangen, so hätte Justinian dies hier nicht wohl verschweigen können.

7) §. 2. J. *de inoffic. test.* (II. 18.) L. 28. D. *eod.* (V. 2.) L. 4. C. *de liber. praeter.* (VI. 28.)

8) Sent. Rec. Lib. IV. Tit. 5. §. 5. Vgl. auch Plinii Epistolae Lib. V. Ep. 1.

inofficiosum dicere non potest, nec interest exhausta necne sit hereditas, cum apud eum quarta aut legis Falcidiae, aut S.C. Pegasiani beneficio sit remansura, und damit übereinstimmend lehrt Ulpian [9]: nam si quum quis ex asse heres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam. Daraus folgt nun Zweitens: die vollständige Unrichtigkeit der Behauptung, daß Intestatcodicille wegen der durch Fideicommisse bewirkten Verletzung des Pflichttheils vollständig rescindirt worden seien. Denn der pflichttheilsberechtigte Intestaterbe ist durch die quarta Falcidia nach Pandektenrecht vollständig geschützt, indem er durch dieselbe den 4ten Theil seiner Intestaterbportion erhält und dieser gerade seinen Pflichttheil ausmacht. Vangerow recurrirt dabei zwar auf die in §. 1511 d. S. 307 fg. genauer erörterte Annahme einer stillschweigenden oder fingirten Einsetzung der Intestaterben in einem Intestatcodicille. Allein dies spricht nach den obigen Ausführungen gerade gegen ihn. Denn wenn der Intestaterbe in einem Testamente auf seinen Intestaterbtheil eingesetzt wäre, so hätte er, weil er vermöge der Quart seinen Pflichttheil, als die damalige quarta pars portionis ab intestato erhält, nicht das Recht gehabt, das Testament anzufechten. Eben so hat er nun auch natürlich als Intestaterbe kein Recht, das Intestatcodicill bis auf seinen Intestaterbtheil zu rescindiren. Er zieht vielmehr nur seine Quart ab, und hat damit seinen vollen Pflichttheil. Mit welchem Rechtsmittel hätten denn auch solche Intestatcodicille rescindirt werden sollen, doch nicht etwa mit einer querela inofficiosi testamenti utilis? Geradezu gegen die Quellen ist Drittens: die Behauptung, daß die Unwirksamkeit der Codicillarclausel rücksichtlich des durch querela inofficiosi testamenti rescindirten Erbtheils darin ihren

9) L. 8. §. 9. D. *de inoff. testam.* (V. 2.)

Grund gehabt habe, daß auch Intestatcodicille, wegen Verletzung des Pflichttheils, vollständig rescindirt worden seien. Die Unwirksamkeit ist vielmehr nach den obigen Erörterungen eine Folge des color insaniae. Aus der Unrichtigkeit dieser Prämissen folgt dann Viertens die Unrichtigkeit der von Vangerow daraus gezogenen Consequenzen. Die theilweise Gültigkeit des Intestatcodicills, troß der Verletzung des Pflichttheils, ist nicht erst durch L. 32. C. *de inoff. test.* eingeführt. Sie hat schon in dem älteren Rechte, und zwar neben dem Grundsaße, daß das durch querela inofficiosi testamenti rescindirte, mit der Codicillarclausel versehene Testament, in so weit es rescindirt ist, auch nicht als Codicill aufrecht erhalten wird, bestanden. So muß sie daher auch nach dem Rechte des Codex noch fortbestehen [10]).

In einem Punkte hat Vangerow aber doch das Richtige herausgefühlt; er hat es nur in Folge der obigen Irrthümer unrichtig motivirt. Wenn nämlich der in einem pflichtwidrigen Testamente eingesetzte Erbe sich für die Anwendung der Codicillarclausel entscheidet, und dadurch das Testament in ein Intestatcodicill umgewandelt hat, so muß dies Testament allerdings als Intestatcodicill aufrecht erhalten werden. Denn die eingesetzten Erben schlagen auf diese Weise die testamentarische Erbschaft aus. Das dadurch destitut gewordene Testament kann aber von den Intestaterben gar nicht mehr mit der querela inofficiosi testamenti angefochten werden, da diese Klage erst durch die Antretung der Erben nata wird und nur gegen die Erben, nach der Antretung, angestellt werden

10) Die L. 32. C. *de inoffic. testam.* (III. 28.) muß freilich in Folge der durch Nov. 18. vorgenommenen Erhöhung des Pflichttheils auch auf die Intestatcodicille insofern ausgedehnt werden, als der Pflichttheil nunmehr stets höher als die Quart ist.

war[11]). Demnach tritt dann die Fiction des Wahnsinns des Erblassers überall nicht ein, und kann daher auch nicht vernichtend auf die Codicillarclausel einwirken; das Testament muß vielmehr, wie jedes andere destituirte Testament (§. 1510. S. 808 fgg.) als Intestatcodicill behandelt werden. In dem Falle dagegen, wo das Testament wirklich durch querela inofficiosi testamenti rescindirt wird, konnte übrigens der eingesetzte Erbe, welcher den Prozeß verloren hatte, schon vermöge des in §. 1515. S. 279 fgg. besprochenen Verbotes des Wahlrechts nicht auf die Codicillarclausel recurriren und seinen Erbtheil als Universalfideicommiß verlangen, weil er als directer Erbe aufgetreten war, und sein Wahlrecht dadurch ausgeübt hatte.

B. Gehen wir nunmehr zu dem Pflichttheils- und Notherbenrechte, wie es sich durch die Nov. 115 gestaltet hat, über, so ist

I. rücksichtlich der Geschwister keine Aenderung eingetreten, indem ihr Pflichttheilsrecht von der Nov. 115 gar nicht berührt wird. Was daher unter A. II. über die querela inofficiosi testamenti vorgetragen ist, muß jetzt auf die Geschwister eintretenden Falls zur Anwendung gebracht werden. Dies kann auch als die einstimmige Ansicht der älteren wie der neueren Juristen betrachtet werden [12]).

11) L. 8. §. 10. D. *de inoff. testam.* (V. 2.) L. 36. §. 2. C. *eod.* (III. 28.)

12) Müller ad Struv Syntagm. jur. Exerc. XXXIV. Th. 65. i. f. *B.* Carpzov Opus decisionum Dec. 155. Stryk de caut. testam. Cap. XXIII. §. 45. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2ter Bd. S. 129. Thibaut System des Pandektenrechts §. 936. not. k. Francke Notherbenrecht §. 33. S. 416. Roßhirt Vermächtnisse 1ster

II. In Beziehung auf De= und Ascendenten dagegen hängt die Beantwortung unserer Streitfrage genau mit dem Systeme zusammen, welches man rücksichtlich des Notherbenrechtes befolgt, namentlich mit den Rechtsmitteln, welche man als Folgen der Verletzung des Notherbenrechtes betrachtet. Mühlenbruch [13]) ist bekanntlich als Vertheidiger des s.g. Derogationssystems aufgetreten. Er betrachtet die Rechtsmittel des älteren Rechts, die s.g. querela nullitatis ex jure veteri, die bonorum possessio contra tabulas, und die querela inofficiosi testamenti für De= und resp. Ascendenten als beseitigt. Er nimmt bei ihnen als Folge der Verletzung des Notherbenrechtes, abgesehen von der actio suppletoria, nur eine Nullität ex jure novo, d. h. aus Nov. 115, an, und zwar eine absolute, deren Eintritt aber erst im Momente des Todes des Erblassers erfolge, insofern der verletzte Notherbe den Erblasser überlebe [14]). Suchen wir nun von diesem Standpunkte aus [15]) unsere Streitfrage zu

Th. S. 54 e. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 708. Note 10.

13) Im 37sten Th. des Comment. §. 1425 b. S. 245 fg., insb. S. 256 fgg. Vgl. auch Desselben Lehrbuch der Pandekten 3ter Th. §. 693.

14) Genau genommen hätte Mühlenbruch eigentlich nicht von einer absoluten Nullität, sondern von einer Ruption sprechen sollen, weil nach seiner Ansicht das Testament gültig errichtet ist, und erst hinfällig wird, wenn der verletzte Notherbe den Erblasser überlebt.

15) In der neueren Zeit ist wieder mehrfach die Ansicht einer absoluten, von Anfang an vorhandenen Ungültigkeit des die bereits vorhandenen Notherben verletzenden Testamentes aufgestellt. Siehe Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht 3ter Bd. 2te Abth. §. 861. Sintenis das gemeine practische Civilrecht 3ter Th.

beantworten, so darf man vor allen Dingen nicht übersehen, daß alle Bestimmungen des Testamentes, außer der Erbeinsetzung, schon kraft Rechtsvorschrift nach Nov. 115, cap. 3 und 4 aufrecht erhalten bleiben [16]). Der Streit über die Wirkung der Codicillarclausel kann sich daher nur auf die Erbeinsetzungen beziehen. Da nun nach dem Obigen (S. 330 fg.) angenommen werden muß, daß diejenigen von den jetzt eintretenden Intestaterben, welche kein Notherbrecht hatten, oder deren Notherbrecht nicht verletzt ist, an die Codicillarclausel gebunden sind, so reducirt sich der ganze Streitpunkt auf folgende Frage:

§. 198. S. 640 fgg., und Heumann „Ueber das neueste Notherbenrecht nach Nov. 115" in der Gießener Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 17ter Bd. 4te Abth. S. 203 fgg. — Auch v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 485. S. 306, welcher die älteren Notherbenrechtsmittel, mit Ausnahme der querela inofficiosi testamenti, noch fortdauern läßt, betrachtet doch die Nullität, soweit sie nach Nov. 115 eintritt, als eine von Anfang an vorhandene. — Meiner eigenen Ansicht nach ist das absolute, mit Aufhebung aller früheren Rechtsmittel verbundene Nullitätssystem (vgl. die Bemerkung in Note 14.), wie es von Göschen und Sintenis a. a. O. und am ausführlichsten und besten von Heumann in dem gedachten Aufsatze vertheidigt ist, das richtige. Die Ausführung der Gründe für diese Ansicht würde hier zu weit führen, da es für das Princip der hier in Frage befindlichen Controverse gleichgültig ist, ob man eine absolute oder relative, von selbst oder nur in Folge einer besonderen Erklärung des verletzten Notherben eintretende, die früheren Rechtsmittel neben sich bestehen lassende oder aufhebende Nullität annimmt.

16) Siehe den 37sten Th. des Comment. §. 1425b. S. 284 fgg.

Ist der verletzte Notherbe in Folge der Codicillarclausel verpflichtet, seinen Intestaterbtheil, als Universalfideicommiß, nach Abzug des Pflichttheils, resp. der quarta Trebellianica [17]), an die in dem fraglichen Testamente eingesetzten Erben zu restituiren? Ueber diese Frage gewährt uns die Novelle selbst direct und unmittelbar keinen Aufschluß, da in derselben von der Codicillarclausel überall keine Rede ist. Allein wenn Justinian in L. 31. C. *de fideicommissis* (S. 325 fg.) den präterirten und auch sonst nicht honorirten Notherben von der Verpflichtung, die ihm namentlich auferlegten Fideicommisse zu zahlen, freispricht, weil der Sohn injuria adfectus und es unbillig sei, den injuria adfectus für den Fall des Eintritts der Intestaterbfolge zu oneriren, so ist dieser Grund nach Nov. 115 noch gerade so gut vorhanden, wie vorher, und muß sogar jetzt, wegen des auch den Ascendenten beigelegten Notherbenrechtes, eine erweiterte Anwendung finden. Justinian ändert allerdings das frühere Recht insoweit, als die nicht auf die Erbeinsetzung bezüglichen Bestimmungen des Testaments kraft Rechtsvorschrift bestehen bleiben sollen. Allein rücksichtlich der Erbeinsetzungen hat er keine Aenderung vorgenommen; in dieser Beziehung muß es daher beim alten Rechte bleiben, daß der verletzte Notherbe, so weit er nicht, wenn auch nur titulo singulari honorirt ist, nicht gezwungen werden kann, seinen Erbtheil als Universalfideicommiß herauszugeben.

Richten wir jetzt zum Schlusse unsere Aufmerksamkeit noch auf die abweichenden Ansichten, so würde es offenbar zu weit führen, wenn wir bei jedem einzelnen Schriftsteller, um genau seine Ansicht von dem Umfange

17) Die Streitfragen über diesen doppelten Abzug muß ich hier natürlich auf sich beruhen lassen.

und der Wirksamkeit der Codicillarclausel in dem fraglichen Falle kennen zu lernen, untersuchen wollten, welchem Systeme des Notherbenrechts er zugethan sei [18]). Eine solche detaillirte Darstellung kann aber auch in der That sehr wohl entbehrt werden, weil sämmtliche abweichende Ansichten sich, bei genauerer Prüfung, doch nur auf ein Paar Hauptpunkte reduciren. Wenn wir diese letzteren einer Critik unterwerfen, so ist damit die Sache vollständig erschöpft. So ist

1) bei der ganzen Streitfrage die L. 2. D. de leg. III. (S. 325.) und namentlich die L. 31. C. *de fideic.* (S. 325 fg.) gar nicht gehörig gewürdigt worden. Dies rührt augenscheinlich daher, daß die älteren Exegeten diese Stellen von einem ganz falschen Standpunkte aus interpretirt haben. Es kommen in dieser Beziehung zwei verschiedene Ansichten vor. Die Glosse [19]), Giphanius [20]), und Brunnemann [21]) wollen die L. 31. C. cit. einfach aus dem Grundsatze: wer nicht honorirt ist, kann auch nicht onerirt werden [22]), erklären. Allein damit wäre ja über die Wirksamkeit der Codicillarclausel in allen Fällen der Stab gebrochen, wo Personen zur Erbfolge gelangen, welche in dem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente nicht honorirt waren. Wenn diese Personen doch onerirt werden können, so liegt der

18) Bei manchen Schriftstellern, welche ihre Ansicht über die Wirkung der Codicillarclausel bei Verletzungen des Notherbenrechtes kurz aussprechen, wäre es auch oft, wegen Mangel bestimmter Aeußerungen, unmöglich, ihre Theorie des Notherbenrechtes anzugeben.

19) Gl. Personis und der Casus ad h. L.

20) Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis. T. II. p. 171 sq.

21) Comment. in Codicem ad h. L. nr. 4 und 5.

22) Die Beweisstellen siehe in §. 1509. S. 4. Note 7.

Grund darin, daß wer in einem Intestatcodicille onerirt wird, als stillschweigend eingesetzt gilt[23]), und daß dabei kein Unterschied gemacht wird, ob dies in einem reinen Intestatcodicille, oder in einem kraft der Codicillarclausel in ein Intestatcodicill verwandelten Testamente geschieht[24]). Wenn also andere Intestaterben, nicht aber Notherben, auf diese Weise durch die Codicillarclausel onerirt werden können, so muß dies nothwendigerweise einen anderen Grund haben. Diesen giebt uns ja aber Justinian auch ganz klar an. Wenn nämlich andere Intestaterben nicht ausdrücklich honorirt werden, so ist dies kein Unrecht gegen sie. Allein für die Notherben ist dies eine injuria, und wer eine injuria gegen sie begeht, kann billigerweise nicht darauf rechnen, daß sein letzter Wille von ihnen zu ihrem Nachtheile befolgt werde. So legen also die obigen Erklärer dem Justinian einen ganz andern Grund unter, als er wirklich angiebt. Eine zweite, aber eben so wenig zu billigende Erklärung rührt von Donellus[25]) her, welcher mit unserer Stelle merkwürdig oberflächlich umgeht. So gibt er gleich die species facti ganz unrichtig wieder. Es handelt sich hier nämlich nicht, wie Donellus angibt, um die Frage: ob der emancipirte exheredirte, sondern ob der emancipirte präterirte Sohn mit einem Fideicommisse onerirt werden könne? Donellus geht dann weiter offenbar von der Voraussetzung aus, daß der exheredirte Sohn sich bei der Exheredation beruhige[26]), und meint, die römischen

23) Siehe §. 1511 d. S. 307 fgg.

24) Vgl. auch S. 327. Note 83.

25) Comment. ad Tit. C. de fideicommis in h. L. p. 524.

26) Denn wenn sich der exheredirte Sohn nicht beruhigt, so müßte er die querela inofficiosi testamenti anstellen, und deren Grundsätze wären dann zur Anwendung gekommen. Allein hiervon schweigt Donellus.

Juristen seien über diesen Fall deshalb in Zweifel gewesen, weil der Vater dem Sohne durch die Emancipation eine Wohlthat erwiesen habe, und derjenige onerirt werden könne, welcher honorirt sei. Allein darüber, daß nur vermögensrechtliche und zwar letztwillige Liberalitäten die Grundlage der Onerirung bilden können, hat gewiß niemals ein Streit unter den römischen Juristen geherrscht. Daß bei Justinian wenigstens kein Gedanke an einen solchen Zweifelsgrund Statt gefunden hat, geht nicht blos aus dem von ihm angegebenen Entscheidungsgrunde, sondern auch namentlich daraus hervor, daß er seine Entscheidung ausdrücklich auch auf die sonstigen Notherben, mithin auch auf die sui heredes, welche die Wohlthat der Emancipation gar nicht genossen hatten, erstreckt.

Eine im Ganzen richtige Auffassung der L. 31. C. cit. findet sich dagegen bei den zwei S. 325. Note 77. angeführten Commentatoren der quinquaginta decisiones. Von diesen beiden hat sich indessen nur Oppenritter ausdrücklich auf unsere Streitfrage eingelassen. Er verneint die Wirksamkeit der Codicillarclausel, ohne übrigens den Fall ins Auge zu fassen, wo neben dem verletzten Notherben noch andere nicht verletzte Intestaterben zur Succession gelangen [27]).

2) Mehrere Schriftsteller, welche auch bei De- und Ascendenten in mehr oder minder beschränktem Umfange [28]) noch die querela inofficiosi testamenti zulassen,

27) Nach der ganzen Argumentation von Oppenritter ist übrigens nicht wohl zu zweifeln, daß er diesen Fall, gerade wie auf S. 348 im Texte geschehen, entschieden haben würde.

28) Einige Juristen behaupten nämlich, daß es heutzutage nur ein Rechtsmittel für De- und Ascendenten gebe, und daß dieses die querela inofficiosi testamenti sei. Andere lassen dagegen dieses Rechtsmittel nur zu,

haben in solchen Fällen dennoch die Codicillarclausel für wirksam erklärt, weil Justinian die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse u. s. w. kraft Rechtsvorschrift festgesetzt und damit den color insaniae, welcher allein der Codicillarclausel hindernd im Wege gestanden, aufgehoben habe [29]). Allein um den Intestaterben Bahn zu brechen, müssen doch auch nach dieser Theorie erst die Erbeinsetzungen rescindirt werden. Diese Rescission ist aber nur möglich durch den color insaniae [30]). Gäbe man den letzteren auf, so hätten wir es nicht mehr mit der alten querela inofficiosi testamenti und ihren vielfachen, mit dem color insaniae in engerem oder loserem Zusammenhange stehenden Eigenthümlichkeiten zu thun. Es bleibe dann nur die, von den gedachten Schriftstellern freilich nicht einmal aufgestellte, und auch offenbar verwerfliche Annahme übrig, daß durch Nov. 115 ein neues rescissorisches Rechtsmittel eingeführt sei. Auf dieses müßte aber doch jedenfalls die L. 31. C. cit. gerade so wie zur Anwendung gebracht werden, wie sie für die das Testa-

wenn der Erblasser einen der in der Nov. angeführten Enterbungsgründe gehörig angeführt habe, dieser aber in concreto unbegründet sei, indem, wenn dies nicht einmal geschehen, das Testament an einem vitium visibile leide und daher nichtig sei.

29) Chifletius l. c. Lib. III. cap. 12. Günther principia juris romani T. II. §. 801. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilrechts 3ter Bd. §. 116. (der 2ten Aufl.) Decis. Cassel. T. II. Dec. 299. nr. 6—11. Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel 2ter Bd. Nr. 56. S. 334—339.

30) Dies ist bereits ganz richtig von Faber Conjectur. jur. Lib. 4. cap. 11. gegen die obige Ansicht erinnert worden.

ment umstürzende bonorum possessio contra tabulas erlassen war, so daß dann im Endresultate doch nach der diesseitigen Ansicht zu entscheiden sein würde. Daß die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse u. s. w. neben dem color insaniae eine Inconsequenz sei, ist allerdings nicht zu läugnen; allein derartige Inconsequenzen kommen selbst schon im früheren Rechte bei der querela inofficiosi testamenti vor [31]).

3) Diejenigen Juristen, welche in mehr oder weniger Fällen eine wirkliche Nullität, resp. Ruption [32]), eintreten lassen, erklären fast alle in diesen Fällen die Codicillarclausel für gültig [33]). Sie führen als allgemeine Gründe dafür an, daß unter diesen Umständen von einem nur für die querela inofficiosi testamenti eingeführten color insaniae nicht die Rede sein könne, und daß, da der Erblasser die Notherben in einem gewöhnlichen Intestatcodicille, unbeschadet ihres Pflichttheils, oneriren könne, ihm dies auch eventuell durch Hinzufügung der Codicillar-

31) Vgl. L. 17. §. 1. i. f. D. *de inoffic. testam.* (V. 2.) und die S. 335. Note 97 angeführte Bestimmung über die libertates.

32) Manche Juristen lassen bekanntlich eine s. g. querela nullitatis ex jure veteri und ex jure novo zu; dann nehmen mehrere eine absolute, andere nur eine relative Nullität an; ferner sprechen mehrere Juristen von einer Nullität, wo eigentlich eine Ruption gemeint ist. Vgl. oben S. 346. Note 14.

33) Unter den neueren Juristen will ich nur hervorheben: Francke Notherbenrecht §. 33. S. 416 fgg. v. Vangerow Leitfaden für Pandektenvorlesungen 2ter Th. §. 527. Anm. 2. Nr. 1 b. Sintenis das praktische gemeine Civilrecht 3ter Th. §. 208. S. 708. Note 10. N. 1. und besonders Degener in dem S. 322. Note 69 citirten Aufsatze.

clausel gestattet sein müsse; außerdem berufen sie sich insbesondere direct auf die S. 331. abgedruckte L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.* Wenn Mühlenbruch[34]) hiergegen einwendet, daß die Notherben förmlich eingesetzt oder ausgeschlossen werden müßten, daß durch Codicille aber weder Erbeinsetzungen noch Enterbungen verfügt werden könnten, und daß es daher die Consequenz erfordere, daß eine Wirkung, welche sich durch Codicille überhaupt nicht erreichen lasse, auch durch die Codicillarclausel nicht möglich werde, so ist er wegen dieser Argumentation gewiß mit Recht von v. Vangerow und Degener a. a. O. getadelt worden. Denn Niemand behauptet ja, daß die Codicillarclausel die Wirkung einer directen Einsetzung für den Notherben haben sollte. Das Testament ist und bleibt natürlich nichtig. Die alleinige Frage ist vielmehr: ob der Notherbe nicht kraft der Codicillarclausel eben so gut mit einem Universalfideicommisse belastet werden könne, wie dies durch ein gewöhnliches Intestatcodicill möglich ist? Kämen hier nur die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, so müßte diese Frage ohne allen Zweifel bejahet werden. Eben so wenig Billigung verdient aber auch die Erklärung der L. 24. §. 11. D. cit., welcher Mühlenbruch nur den Sinn unterlegt: „wenn gleich ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament allen seinen Bestimmungen nach ungültig wird, so werden doch bloße Intestatcodicille von einem Postumus überall nicht rumpirt, sondern er muß den Inhalt derselben wie ein instituirter Erbe erfüllen.“ Denn daß hier nicht Testament und Intestatcodicill in einen vergleichenden Gegensatz gebracht werden, sondern daß nur eine im Testamente enthaltene Codicillarclausel gemeint sei, geht nicht blos aus der Partikel: quoque,

34) Im 37sten Th. des Comment. §. 1425 a. S. 370 fg.

sondern auch ganz klar aus den in §. 1415. S. 205. Note 7 und 8 citirten Beweisstellen hervor. Mühlenbruch hat in der Sache selbst mit seinen Bedenken nicht völlig Unrecht gehabt; allein durch die Art und Weise seiner Argumentation, durch die Nichtberücksichtigung der zwei allein entscheidenden Beweisstellen [35]), hat er seinen Gegnern offenbar nur in die Hände gearbeitet.

4) Von denjenigen Schriftstellern, welche in den betreffenden Fällen noch nach der Nov. 115 die bonorum possessio contra tabulas fortdauern lassen, haben mehrere ausdrücklich die Behauptung aufgestellt, daß die Codicillarclausel auch in diesem Falle ihre gewöhnliche Wirksamkeit ausüben müsse [36]). Allein hier wäre unter Beziehung auf die L. 31. C. cit. alles unter Nr. 3. Bemerkte zu wiederholen.

5) Für die Gültigkeit der Codicillarclausel, im Falle der Ruption des Testamentes durch agnatio postumi hat man sich natürlich immer auf die erwähnte L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.* (S. 334.) berufen. Indessen hat man doch sehr häufig, gestützt auf eine Ansicht des Bartolus [37]), eine Ausnahme hiervon in dem Falle

35) Schon in seiner Doctrina pandectarum T. III. §. 501. not. 4. hatte Mühlenbruch zwar die L. 2. D. *de de leg. III.*, aber in der Mitte zwischen L. 12. D. *de inoff. test.* (V. 2.) und L. 36. D. *de leg. III.* angeführt, so daß es fast scheint, daß er dieselbe auf die querela inofficiosi testamenti bezogen hat. Die L. 31. C. *de fideicommissis* ist ihm entweder ganz entgangen, oder in ihrer wahren Bedeutung von ihm verkannt.

36) Chifletius l. c. Lib. III. cap. XI. v. Vangerow a. a. O. S. 458 unter b.

37) Comment. in Infort. ad L. 1. D. de jure codic. nr.

zugelassen, wenn der Erblasser den **postumus** irrthümlich präterirt habe, z. B. wenn er gestorben sei, ohne Kenntniß von der Schwangerschaft seiner Frau gehabt zu haben [38]). Man beruft sich auf mehrere Analogien. Ein **testamentum militare** sei nämlich nichtig, wenn der Soldat aus Irrthum einen **postumus** oder einen zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Haussohn übergangen habe [39]). Ferner seien Descendenten des Erblassers durch ein bei ihrem Tode zu restituirendes Universalfideicommiß nur dann gebunden, wenn sie selbst ohne Kinder stürben, **ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere** [40]). Eben so erlösche die

10. Comment. in Codic. ad Auth. Ex causa C. de liber. praeter.

38) TURRETUS l. c. Qu. 63 sq. Qu. 54. nr. 7. MERENDA Controv. Lib. 12. Cap. 45. GAIL Obs. Lib. II. Obs. 114. §. 8 sq. MENOCHIUS de praesumt. Lib. IV. Cap. 32. nr. 14. MANTICA de conjecturis ultim. volunt. Lib. I. Cap. 10. nr. 3 et 4. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. h. t. §. XIX. STRUV Syntagma jur. Exerc. XXXIV. Th. 65. ibique *P.* MÜLLER. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Disp. 13. Th. 10. Lit. G. STRYK Usus modern. pand. h. t. §. 12—14 und Caut. Testam. Cap. XXXIII. §. 48. HELLFELD l. c. §. XVIII. Thibaut System des Pandektenrechts §. 936. Note n. Francke Notherbenrecht §. 33. S. 418—421. Auch Mühlenbruch a. a. O. S. 369. Note 38. hat diese Ansicht eventuell gebilligt.

39) L. 36. §. 2. D. *de testam. milit.* (XXIX. 1.) L. 9. L. 10. C. *eod.* (VI. 21.) Siehe Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1477. S. 77—80.

40) L. 30. C. *de fideic.* (VI. 42.) Papinian nennt dies eine **conjectura pietatis** in L. 102. D. *de con-*

Quasi-Pupillarsubstitution, wenn der mündige Descendent, für welchen dieselbe angeordnet gewesen, später Notherben erhalte [41]). In allen diesen Fällen sei die Präsumtion anerkannt, daß der Erblasser Notherben, welche er nicht kenne, durch letztwillige Dispositionen nichts von ihrem Rechte entziehen wolle. Ja nach der auf S. 336 fg. abgedruckten **L. 11. — L. 13. pr.** vergl. mit **L. 19. D.** *h. t.* gelte ein **postumus** durch ein Intestatcodicill nicht für onerirt, wenn der Erblasser nicht an ihn gedacht habe [42]).

Allein diese ganze Argumentation, so scheinbar sie auch begründet wird, ist dennoch, wenn man einmal den verletzten Notherben nicht absolut von der Wirkung der Codicillarclausel ausnehmen will, unhaltbar, indem sie mit folgender, in ihrem eigentlichen Zusammenhange schon früher in §. 1511 d. S. 308 fg. erläuterten Stelle des Julian [43]) in Widerspruch geräth.

dit. et demonstr. (XXXV. 2.) Vgl. auch L. 6. C. *de instit. et subst.* (VI. 25.)

41) L. 43. pr. D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII. 6.)

42) Bartolus hat sich insbesondere auf das Recht des Widerrufs einer Schenkung wegen nachgeborener Kinder in L. 8. C. *de revocand. donat.* (VIII. 56.) berufen, obgleich dies nach römischem Rechte nur dem lebenden Patron gegenüber dem Freigelassenen eingeräumt ist. Ferner sind geltend gemacht: L. 40. §. 3. D. *de pactis.* (II. 14.) L. 13. (al. 14.) §. 6. D. *de rebus dubiis.* (XXXIV. 5.) L. 7. D. *si tabulae testamenti nullae.* (XXXVIII. 6.) L. 7. D. *de bonis damnatorum.* (XLVIII. 20.) Stellen, in welchen auf das Erbrecht der Kinder mehr oder minder Rücksicht genommen wird, aus welchen aber offenbar kein allgemeiner, auch unsere Streitfrage mit umfassender Rechtssatz abgeleitet werden kann.

43) L. 3. pr. §. 1. D. *h. t.* Vgl. auch L. 16. D. *eod.* (§. 1511. S. 156 fgg.) und L. 19. D. *eod.*

Si quis quum testamentum nullum haberet, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: *Quisquis mihi heres erit bonorumve possessor ejus fidei committo*, fideicommissa praestari debent, quia paterfamilias, qui testamentifactionem habet et codicillos fecerit, perinde haberi debet ac si omnes heredes ejus essent [44]), ad quos legitima ejus hereditas vel bonorum possessio perventura esset. §. 1. Sed et si post codicillos factos natus quis esset proximus agnatus vel suus heres, fideicommissum praestari debebit; intelligitur enim is quoque heres scriptus, et ideo non perinde habendus est, ac si rupisset codicillos.

Wir haben hier ein reines Intestatcodicill vor uns, in welchem der Erblasser die Fideicommisse mit den allgemein lautenden Worten: quisquis mihi heres erit auferlegt hat. Ob der Erblasser an die Möglichkeit gedacht hat, daß ihm noch Kinder nachgeboren werden würden, wissen wir so wenig, wie der Jurist uns dieß andeutet, obgleich er es nothwendigerweise hätte erwähnen müssen, wenn dieß ein relevantes Factum gewesen wäre. Statt dessen sagt er vielmehr mit andern Worten: da der Erblasser sich allgemein ausgedrückt hat, so hat er stillschweigend auch einen etwaigen postumus eingesetzt, und so muß dieser auch das Fideicommiß, je nachdem er Miterben hat oder nicht, ganz oder theilweise prästiren. Was hier nun von einem reinen Intestatcodicille gelehrt wird, muß consequenterweise auch von einem Testamente gelten, welches kraft der Codicillarclausel als Codicill ins Leben tritt. Denn wenn der Erblasser die Codicillar-

44) Statt ejus essent ist nach Schillings Conjectur esse jussisset zu lesen. Siehe §. 1511. d. S. 308. Note 8.

clausel hinzufügt, so heißt dies ja in Beziehung auf die Vermächtnisse nichts weiter, als: wer später irgend mein Erbe wird, soll diese Fideicommisse präſtiren. Der Erblasser disponirt hier generell für alle möglichen Eventualitäten. Ob er an eine einzelne bestimmte Eventualität gedacht hat oder nicht, ist gerade so gleichgültig, wie es Julian bei dem reinen Intestatcodicille stillschweigend für gleichgültig erklärt. Wegen einer etwaigen bloßen Wahrscheinlichkeit in bestimmten Fällen können wir durchaus nicht von der Norm abweichen, welche der Erblasser uns generell dergestalt an die Hand gegeben hat, daß sie auch den vorliegenden Fall mit umfaßt [45]). Diesen Widerspruch mit L. 3. pr. D. *h. t.* hat schon A. Faber [46]) mit Recht geltend gemacht. Wenn Francke a. a. O. S. 420 sich gegen Faber darauf beruft, daß es gegen des Erblassers Willen sein würde, auch für diese Fälle die Codicillarclausel als beigefügt anzusehen, so kann man mit Recht fragen: warum erklärt es denn Julian nicht für einen Verstoß gegen des Erblassers Willen, daß ein Intestatcodicill, trotz der Nachgeburt eines Notherben, aufrecht erhalten werde? Und warum macht denn auch Ulpian in L. 24. §. 11. D. *de fideic. libert.* (S. 334) gar keinen Unterschied, ob der Erblasser den postumus wissentlich oder irrthümlich präterirt hat [47])?

45) Mantica not. 38. cit. meint freilich, man brauche sich an die Codicillarclausel nicht zu kehren, denn dieselbe werde meistens ganz gedankenlos dem Testamente hinzugefügt, denn notarii sunt ut plurimum idiotae et ignorant sensum et intellectum verborum!

46) Errores Pragmaticorum Dec. 20. Err. 7.

47) Wenn Degener a. a. O. S. 405. Note 1., gestützt auf die L. 24. §. 11. D. cit. die Francke'sche Theorie so beschränken will, daß die Codicillarclausel auch den irrthümlich übergangenen Notherben binde, sobald über

Hiergegen sind auch alle angeführten Analogien nichts auszurichten im Stande. Was nämlich zuerst das militärische Testament anbetrifft, so beruht die angeführte Entscheidung nicht darauf, daß das Testament wegen Irrthum nichtig ist, sondern weil der Notherbe darin verletzt, d. h. präterirt, und auch der Soldat den Vorschriften des Notherbenrechts unterworfen ist[48]), indem für ihn nur die eine Ausnahme besteht, daß eine wissentliche Präterition wie eine Exheredation behandelt wird[49]). Außerdem haben wir es im vorliegenden Falle mit einer bestimmten Erklärung des Testators zu thun, welche auch auf die nachgeborenen Kinder paßt. Die von den Gegnern allegirte L. 11 — L. 13. pr. und L. 19. D. h. t. stehen endlich mit der oben für die diesseitige Ansicht geltend gemachten L. 3. pr. §. 1. D. h. t. nicht im

die Absicht des Erblassers, daß jeder seiner etwaigen Erben ohne Ausnahme einer (eventuell) codicillarischen Verfügung nachkommen solle, kein Zweifel vorliege, so hat er damit, genau betrachtet, die Francesche Theorie ganz aufgegeben. Denn durch die Codicillarclausel wird jeder der künftigen Erben, wenn man auf den Wortlaut derselben sieht, onerirt. Läßt sich nun in concreto nachweisen, daß der Erblasser nicht jeden Erben namentlich die postumi nicht hat oneriren wollen, so kann von einer irrthümlichen Uebergehung der postumi nicht mehr die Rede sein, wenn gleich nunmehr eine Restrictivinterpretation der allgemein lautenden Worte der Codicillarclausel vorzunehmen ist.

48) Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Pflichttheilsrechte. An dieses war das testamentum militare nicht gebunden. Siehe Mühlenbruch im 42sten Th. des Comment. §. 1477. S. 78. Note 98.

49) §. 6. J. *de test. milit.* (II. 13.) L. 7. L. 33. §. 2. D. *eod.* (XXIX. 1.) L. 16. C. *eod.*

Widersprüche, indem diese Stellen sich nur auf solche Fälle beziehen, wo das Codicill nicht generell an die Intestaterben, sondern an eine bestimmte Person, welche der Erblasser sich in Gedanken als seinen künftigen Intestaterben gedacht hatte, gerichtet war. Hier ist der später existent gewordene postumus überall nicht onerirt, während er bei generellen Ausdrücken, wie: quisquis mihi heres erit u. s. w. stillschweigend eingesetzt und onerirt ist. Gerade aus diesem letzteren Gesichtspunkte passen auch die anderen angeführten Analogien nicht, weil der Erblasser in unserem Falle, durch die generelle stillschweigende Einsetzung, auch für den postumus gesorgt hat, wenn er gleich nicht speciell an ihn gedacht hat. Wegen eines Irrthums wäre daher der präterirte postumus nun und nimmermehr von der Pflicht, die Fideicommisse zu bezahlen, freizusprechen, weshalb sich auch mehrere Juristen der Gegenpartei gegen diese Ausnahme erklärt haben[50].

Wollte man aber dennoch dem Irrthume eine entscheidende Rolle zutheilen, so würde der zur Intestaterbfolge gelangende postumus doch wohl, nach dem Vorgange anderer Stellen[51]), wenigstens zur Zahlung der Vermächtnisse zu verpflichten sein. Denn in dieser Beziehung können gewiß die eigentlichen Notherben nicht besser behandelt werden, als im früheren Rechte die blos pflichttheilsberechtigten Söhne gegenüber der Mutter[52]), zumal

50) Baldus Comment. in Codic. ad L. ult. C. h. t. nr. 20. *Ant.* Faber Error. Pragmatic. Dec. 20. Err. 9. *H. de* Cocceji Jus. controv. Tit. de injusto rupto. Qu. 8.

51) L. ult. D. *de hered. instit.* (XXVIII. 5.) L. 28. D. de inoff. test. (V. 2.) Siehe Mühlenbruch im 35sten Th. des Comment. §. 1421 e. S. 380 fg.

52) L. 28. D. *de inoff. testam.* (V. 2.)

Justinian, ohne Unterschied zwischen wissentlicher und irrthümlicher Präterition, trotz der Verletzung des Notherbenrechtes, die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse u. s. w. anordnet [53]).

Uebrigens haben mehrere Schriftsteller von dieser Ausnahme, in Folge einer präsumtiven voluntas, wieder Ausnahmen zugelassen, indem sie der Codicillarclausel doch Wirksamkeit zuschreiben, sobald es wahrscheinlich sei, daß dies dem Willen des Erblassers entspreche. So wenn z. B. Agnaten eingesetzt seien, und dem Erblasser später nur eine Tochter nachgeboren werde [54]), oder wenn der Erblasser später nach der agnatio postumi noch längere Zeit gelebt und das Testament nicht geändert habe [55]) u. s. w., Ansichten, welche von unsern neueren Juristen zwar bekämpft werden [56]), welche aber doch beweisen, wie gefährlich es ist, wenn man sich einer bloßen Wahrscheinlichkeit zu Liebe von dem festen Boden der eigenen Erklärung des Erblassers entfernt.

6) Die unter Nr. 5 besprochene, und vom jenseitigen Standpunkte aus getadelte Ausnahme haben mehrere Juristen auf den allgemeinen Grundsatz zurückzuführen

53) Dies hat auch ganz richtig DONELLUS ad Auth. Ex causa und Non licet C. de liber. praet. nr. 9. anerkannt.

54) MENOCHIUS l. c. nr. 11.

55) MÜLLER ad STRUV Syntagma juris Exerc. XXXIV. Th. 65. not. ibique citati. STRYK de caut. testam. Cap. 23. §. 484.

56) Gegen die letztere Ansicht haben sich namentlich erklärt: GAIL l. c. nr. 14. Francke Notherbenrecht S. 421, weil der Erblasser eben so gut deshalb geschwiegen haben könne, weil er gewußt habe, daß die Erbeinsetzung nichtig sei, und weil zur Bestätigung einer nichtig gewordenen letzten Willenserklärung wenigstens die Codicillarform nothwendig gewesen sei.

versucht, daß überall, wo ein Notherbe, auch ein lebender, aus Irrthum, z. B., weil er von seinen Eltern fälschlich für todt gehalten wäre, präterirt sei, die Codicillarclausel der Wirksamkeit entbehre [57]). Allein läge kein anderer Grund vor, um dem präterirten Notherben seinen Intestaterbtheil frei von Beschwerden zuzuwenden, diese Ausnahme wäre gerade eben so wenig zu billigen, wie die bei Nr. 5 besprochene.

Daß die Praxis über unsere Streitfrage, bei diesem Schwanken der Theorie, ebenfalls hin und her geschwankt hat, kann natürlich nicht Wunder nehmen. So sehen wir die Wittenberger Facultät [58]), das geheime Obertribunal [59]) und die Gesetzkommission [60]) in Berlin, die Erlanger Facultät [61]), die Oberappellationsgerichte in Cassel [62]) und in Dresden [63]) die Codicillarclausel in Schutz nehmen, während die Leipziger Facultät [64]), das Stift-

57) So schon Bartolus l. c.; unter den neueren Juristen besonders Francke a. a. O.

58) Wernher Observationes forenses. T. II. Obs. 414.

59) Boehmer Novum jus controversum. T. I. Obs. 38.

60) Klein Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten 1ster Bd. S. 84. Nr. XXIII.

61) Geiger und Glück Merkwürdige Rechtsfälle 3ter Bd. 44ster Rechtsfall. S. 246—254.

62) Strippelmann Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Cassel 2r Bd. Nr. LVII. S. 334—339.

63) Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle im Königreich Sachsen Jahrg. 1850. Nr. 66. S. 305—311. und Ackermann Rechtssätze aus Erkenntnissen des Oberappellationsgerichts in Dresden Nr. 174. S. 245.

64) *Abr.* Kaestner p. 322 sqq. not. 69. cit. §. XII.

Hildesheim'sche Hofgericht[65]) und das Oberappellationsgericht in Wolfenbüttel[66]) ihr jede Wirksamkeit abgesprochen haben. Da es sich in dem von dem letztern Gerichte in letzter Instanz entschiedenen Rechtsfalle gerade nur um die Frage handelt, ob der präterirte Vater kraft der Codicillarclausel verpflichtet sei, seinen Intestaterbtheil an den eingesetzten Erben nach Abzug des Pflichttheils und der **quarta Trebellianica** herauszugeben, so war die Entscheidung selbst vollkommen richtig, wenn auch die offenbar nach Mühlenbruchs früheren Bemerkungen ausgearbeiteten Entscheidungsgründe nicht überzeugend genannt werden können[67]).

65) Struben rechtliche Bedenken 1ster Bd. 87stes Bed. (in der Ausgabe von Spangenberg 2ter Th. 313 Bed.

66) Degener a. a. O. S. 418 fg.

67) Ueberhaupt haben sich diejenigen, welche die absolute Ungültigkeit der Codicillarclausel in Fällen der besprochenen Art vertheidigen, meistentheils auf ganz unrichtige Gründe berufen, wie z. B. daß die Codicillarclausel nur bei Mängeln der äußern Form eingreife, daß die von der **querela inofficiosi testamenti** handelnden Stellen auch auf die Fälle der Nullität zur Anwendung gebracht werden müßten, und daß die Codicillarclausel in **fraudem legis**, d. h. der **Nov. 115.** wirke. Alle diese Gründe sind aber nach den bisherigen Erörterungen natürlich unstichhaltig.



